

国土舘大学審査学位論文

「憲法秩序の保障」

杉山 幸一

氏 名 杉山 幸一  
学位の種類 博士 (政治学)  
報告番号 乙第57号  
学位授与年月日 令和4年9月15日  
学位授与の要件 学位規則第4条第2項該当  
学位論文題目 憲法秩序の保障  
論文審査委員 (主 査) 客員教授 百地 章  
※ 審査開始時 国土館大学 政経学部 特任教授  
(学外副査) 教 授 東 裕 (日本大学 法学部)  
(学外副査) 教 授 福島 康仁 (日本大学 法学部)

博士論文

題 目 憲法秩序の保障

氏 名 杉山 幸一

博士論文

憲法秩序の保障

杉山 幸一



# 目次

序論 憲法秩序の保障とは	1
第1部 平時における憲法秩序の保障—違憲審査制—	
第1章 違憲審査制度論	
第1節 現行憲法下の違憲審査制とその「特殊性」	7
1 はじめに	7
2 日本国憲法制定過程における違憲審査制の導入	8
3 枢密院、帝国議会における違憲審査制論議	12
4 裁判所法における違憲審査制論議	18
5 おわりに	25
第2節 上告制度と憲法秩序の保障	27
1 はじめに	27
2 上告審の性質	28
3 訴訟法における上告制限	33
4 裁判を受ける権利と上告制度	36
5 おわりに	43
第2章 違憲審査制の機能	
第1節 憲法裁判機関としての最高裁判所について	44
1 はじめに	44
2 憲法裁判機能と連邦憲法裁判所	45
3 憲法裁判機関としての最高裁判所	49
4 憲法裁判機関の判決の効力について	58
5 おわりに	61
第2節 憲法判例における「傍論」の存在について	61
1 はじめに	61
2 判例構造と違憲審査制	62
3 憲法判例の類型	65
4 傍論における憲法判断の価値と問題	69
5 おわりに	75
第3節 違憲判決効力論から見る違憲審査と憲法改正	76
1 はじめに	76
2 違憲判決効力論について	78

3	違憲判決の現状からみる違憲審査	82
4	違憲審査のあり方と憲法改正	87
5	おわりに	91
第4節	違憲審査制の類型に関する機能と目的	92
1	はじめに	92
2	類型論について	93
3	憲法保障と違憲審査制	95
4	わが国の違憲審査制の類型	98
5	おわりに	101
第3章	違憲審査制の問題点と制度改革	102
1	はじめに	102
2	現行憲法下の違憲審査制の成立過程	103
3	現行憲法下の違憲審査制	106
4	付随的審査制での判決方法の問題	108
5	最高裁判所の責務と制度改革の可能性	113
6	おわりに	117
第2部	緊急時における憲法秩序の保障—その前提としての国の存立の保障と国民の生命権—	
第4章	武力攻撃等と憲法秩序の保障	
第1節	わが国における集団的自衛権について	121
1	はじめに	121
2	自衛権とは	122
3	わが国における集団的自衛権論の変遷	127
4	集団的自衛権行使容認派と反対派の各主張	132
5	国家の危機管理としての自衛権	136
6	おわりに	140
第2節	憲法9条による自衛権行使の制約について	141
1	はじめに	141
2	憲法9条下での自衛権	142
3	自衛権に関する政府解釈	145
4	政府解釈からみる自衛権の範囲	153
5	おわりに	155

## 第5章 緊急時における人権保障

第1節 武力攻撃事態等における人権保障と制限の可能性および課題	157
1 はじめに	157
2 武力攻撃事態等と人権	158
3 武力攻撃事態等における人権の保障と制限	160
4 人権保障と制限の可能性および課題	163
5 おわりに	168
第2節 生命権保障と COVID-19 対策	169
1 はじめに	169
2 生命権について	170
3 生命権の保障と公共の福祉	172
4 COVID-19 対策と生命権	176
5 COVID-19 対策による人権制限の可能性	179
6 おわりに	183
<b>結論</b>	<b>184</b>
<b>主要参考文献</b>	<b>187</b>
<b>謝辞</b>	<b>195</b>



## 序 論

### 憲法秩序の保障とは

本論文は、「憲法秩序の保障」についてこれまで筆者なりに考え、いかにして憲法秩序を守り維持していくべきかを問い続ける中で発表してきたいくつかの論文と未発表の原稿をまとめ上げたものである。

近代憲法は、国家権力を法によって拘束し、国民の自由と権利を確保することを目的としており、基本的人権の保障とこれを確保するための権力分立制が不可欠の構成要素とされる。そして憲法典にこれらを盛り込むことによって、国家権力の暴走を抑え、適正な行使を実現してきた。現代の民主主義国家の大多数がこのような憲法典を頂点とした法体系を有し、それに基づいて国家社会を規律し、国内の秩序を保っている。これを憲法秩序という。その意味で憲法は国家の法体系の最高位に位置する法として、最高法規性を有する。あらゆる法令は憲法の範囲内で制定され、その他の国務に関する行為も憲法の範囲内で行われなければならない、憲法に反する法令や国務行為は無効とされる。

しかし、時として憲法典を頂点とする法秩序が何らかの原因で歪められたり破壊されたりすることがある。例えば、憲法違反の法律が制定されたり、為政者によって違憲的な権力の行使がなされたりする場合である。そこでこのような事態を防ぐために、憲法典自身が憲法秩序を維持し保障するための制度を備えることになる。それが憲法保障制度である。

憲法保障を考える際には、その対象、客体、および保障形式を明らかにする必要がある。保障の対象はもちろん憲法自身であるが、ここにいう憲法には根本規範（国民主権や基本的人権の尊重）および国権行使の最も基本的な形式及び実体的諸要件を定める規範（実質的意味の憲法）が含まれる<sup>1</sup>。つぎに客体、つまり憲法の存立を脅かすものは何か、何から憲法を保障するのかということだが、国内的には国家行為、つまり国家機関による権力行使が問題となり、外部からの行為（武力攻撃や災害など）によって憲法の存立が脅かされることもある。最後に保障形式であるが、方法としては憲法内在的保障と超憲法的保障がある<sup>2</sup>。前者は憲法秩序が維持されていることを前提とする平常時と、国家の存立が脅かされ憲法秩序そのものが維持できなくなる緊急時の憲法保障制度を憲法自身が定めたもので、この中には憲法尊重擁護義務や権力分立といった「予防的保障」と憲法に反する国家行為の効力を無効にする違憲審査制などの「匡正的保障」、さらに非常時のために憲法自身が定める国家緊急権や抵抗権がある。後者は、現に存在す

---

<sup>1</sup> 新正幸「第4章憲法の保障」『純粋法学と憲法理論』（日本評論社、平成4年）205頁。

<sup>2</sup> 同書210頁以下。

る憲法ではなく、存在すべき憲法を法哲学的に探求した、自然法上の国家緊急権や抵抗権のことをいう。

本論文では、上記分類のうち憲法内在的保障を対象とする。そして憲法秩序の保障のために必要な憲法保障制度（憲法内在的保障）が具体的にどのような場合に活用されるのか、以下の2つの要因から考察する。

第1に、憲法秩序が内的要因によって脅かされた場合、具体的には違憲的な権力の行使によって国民の自由や権利が侵害された場合である。一度人権が侵害されれば、それを回復するためには多大な犠牲を伴うことがある。そこで、そのようなことが無いよう、事前に権力の行使にかかわる公務員に対して憲法尊重擁護義務（99条）を負わせ、違憲的な権力の行使を防止する方法がある。また、それにもかかわらず違憲的な権力行使によって人権侵害などの損害が発生した場合には、違憲的な権力を行使した公務員に対して事後的に法的責任を追究し被害者を救済すると共に、正常な憲法秩序の回復を図る方法がある。それが違憲審査制である。違憲審査制は法体系の安定のためもっとも効果的な制度であり、わが国では憲法81条により最高裁判所に「憲法の番人」としての役割が与えられている。それによって憲法秩序の混乱を防ぎ、憲法秩序の回復を図ることが可能となる（匡正的保障）。

第2に、外的要因によって国家の存在が脅かされ憲法秩序が混乱した場合である。具体的には、外国から武力攻撃を受けた場合や感染症の蔓延・大規模災害などの緊急事態において、国家の存立と国民の生命を守り憲法秩序を保障する方法である。このような場合に、憲法秩序の乱れを最小限にとどめるための方法として代表的なものが国家緊急権である。その典型的なものとしては、平時の権力を一時的に政府などに集中させて危機を乗り切る方法があるが、緊急権制度は国によってさまざまである。極端な場合には、国家機関（政府）に権力を集中させて非常措置を執り、憲法の保障する人権を一時的に停止する場合もある。つまり立憲主義の一時的停止である。しかし、そこまで至らず、平常時の憲法体制を維持したまま、事態に対応して制度の臨時的な機能化を図る方法もある。その例としては、緊急命令や緊急財政処分、参議院の緊急集会をあげることができる<sup>3</sup>。

日本国憲法には国家緊急権に関する規定は存在しない。現在、わが国は緊急事態に対しては個別の法律で対処している。例えば、武力攻撃を受けた場合や感染症などが蔓延した場合などである。このうち前者については、国際法上自衛権の発動が認められており、自衛隊法、武力攻撃事態対処法、国民保護法などによって対処している。この際、中心課題となるのが武力攻撃に対処し、国家と憲法秩序を保障するために行使される自衛権の内容と範囲、およびどのようにして国民の生命を守るかということである。後者

---

<sup>3</sup> 小林直樹『国家緊急権』（学陽書房、昭和53年）43頁。ただし、参議院の緊急集会は平時の制度であって、これを緊急権制度として位置付けるのは疑問とする学説もある。

の感染症などの蔓延に対しては感染を抑え国民の生命を保護するために新型インフルエンザ対策特別措置法や感染症法などが存在するが、感染症が蔓延した場合に、国内が混乱する中でいかにその混乱を最小限に抑えるか、そして国民の生命を保護していくべきかが課題となる。

このような観点から、憲法秩序の保障とは、憲法違反の法律や命令の制定、あるいは外国からの武力攻撃、感染症のパンデミックなどの緊急事態の発生によって、憲法秩序が破壊されないように、予め違憲審査制度や国家緊急権を整備しておき、それによって憲法秩序を守り、憲法の存立を維持することである。そこで、まず平時の憲法保障制度として違憲審査制を採り上げている。そして日本国憲法および裁判所法の制定過程を振り返ることによって、従来、わが国の違憲審査制をアメリカ型の非集中型付随審査制、つまり第1審から最高裁まですべての裁判所に違憲審査権が与えられ、具体的事件を解決するため必要な場合に限って違憲審査を行う制度、と説明してきた通説とは異なる違憲審査制の姿を描き出したい。次に緊急時の憲法保障制度の前提となる国の存立の保障と国民の生命権の保障のために、外国からの武力攻撃によって国家の存在が脅かされ憲法秩序が破壊されようとした場合の自衛権の発動や緊急権の行使のあり方について、憲法9条の制約下で何がどこまで可能なのか、またわが国が武力攻撃事態や感染症蔓延などで国民の生命を守るためにどこまで人権を制限することができるのかを明らかにしたい。



## 第1部

平時における憲法秩序の保障

— 違憲審査制 —



# 第1章 違憲審査制度論

## 第1節 現行憲法下の違憲審査制とその「特殊性」

### — 違憲審査制の性格についての再考 —

#### 1 はじめに

本節の目的は、違憲審査制の成立過程を概観し、わが国における違憲審査制の性格を明らかにすることにある。

わが国の違憲審査制は、通説的見解によると、具体的事件に付随して違憲審査を行い、判決の効力は当該事件にのみ及ぶとされる。つまり、①違憲審査の要件として具体的事件性・争訟性が要求され、②憲法適合・不適合の判断は判決主文においてではなく、それを理由づける判決理由の中で示され、③違憲とされた法令は、当該事件に適用されないだけで、一般的に効力を失うものではないとされる<sup>4</sup>。これが純粋な付随的審査である。しかし、実際に違憲審査の実体を見ていくと、通説的見解だけでは説明できない部分が出てくる。たとえば、違憲判決は当該事件にしか効力が及ばないはずであるにもかかわらず、実際には行政府や立法府が事実上判決にしたがって行動している点、あるいは、憲法判断をする必要がないにもかかわらず、「傍論<sup>5</sup>」の中でわざわざ最高裁判所が一般的な憲法判断を行う場合<sup>6</sup>などである。

また学説においても、わが国の違憲審査制は純粋な形の付随的審査ではなく、特殊性を有するとする見解などもある。例えば、佐藤幸治教授は「判例や学説が『付随的審査制』であるとしながらも、…法令そのものをより一般的見地から問題にするのだということ、何とはなしに措定してきたところ」があるとして、「『付随的審査制』だとする判例や通説の具体的な中身」については「わが国では、合衆国流の『付随的審査制』だとされながら、その実

---

<sup>4</sup> 清宮四郎『憲法I〔第3版〕』（有斐閣、昭和55年）371頁。新正幸『憲法訴訟論 第2版』（信山社、平成22年）223頁、高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、平成29年）9頁など。

<sup>5</sup> 判決は、結論部分の「主文」と結論を導くための「判決理由」で構成され、さらに「判決理由」は「主論」と「傍論」で構成される。「傍論」とは、結論には関係ない部分のことをいう（山田晟『傍論』について『成蹊法学』16巻（昭和55年）187頁）。

<sup>6</sup> 例えば、皇居外苑使用不許可処分取消請求事件（最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561頁）や朝日訴訟（最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁）である。

は当初から『特殊機能』的側面がかなり意識されている」<sup>7</sup>と指摘されており、また「裁判所とりわけ最高裁判所が違憲審査を通じて国民の権利・自由や憲法価値を実現する方法は、『付随的違憲審査』ないし『具体的違憲的審査』というわくのなかで従来ともすれば考えられがちであったよりも多様なものであること、またありうることに留意されるべき」と、わが国の付随的審査制は特殊な機能を持ち合わせており、付随的審査制の枠の中で従来いわれてきた形よりも多様なものであると指摘している。

林屋礼二教授も「この憲法が、81条において、国家行為の違憲性の決定権を裁判所一とくに最高裁判所一に与えているということは、まさに、憲法自体が、81条におけるわが国の違憲法令審査制に対して、『主観的な権利保護』という機能とともに、…『客観的な憲法秩序の維持』という機能を期待しているものと解釈することができる」<sup>8</sup>と述べ、「わが国の違憲法令審査制には、本来の司法裁判的機能とならんで、それ以上のもの、すなわち、いわゆる憲法裁判的機能が要請されており、この後者の機能から一般的効力が結論されるべき」<sup>9</sup>であるとしている。このような見解をみると、純粋な形での付随的審査とは断定できないのではないかと思われる。

そこで、このことを確認するために本節では、わが国の違憲審査制の成立過程においてはどのような議論がなされたのか、そして、そもそも違憲審査制をどのように捉えていたのか、検討することとする。

## 2 日本国憲法制定過程における違憲審査制の導入

### (1) 違憲審査制の導入

わが国では違憲審査制は終戦後、日本国憲法制定過程において初めて明文化された。しかし、すでに明治憲法下でも違憲審査制に関して議論がなされていたことを忘れてはならない<sup>10</sup>。

---

<sup>7</sup> 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、昭和63年）218～219頁。

<sup>8</sup> 林屋礼二「憲法訴訟における裁判の拘束力と民事訴訟における裁判の既判力」『学習院大学法学部研究年報2号』（昭和40年）58～59頁。

<sup>9</sup> 林屋・前掲論文、69頁。

<sup>10</sup> 当時の学界の多数説は逆に実質的審査権に対して肯定的であった。また明治憲法の起草段階において、伊藤博文が枢密院に憲法保障機能（憲法と法律との間に矛盾がないか審査する）を持たせようとしていたが、井上馨と意見の一致をみなかった。結局これにより憲法上には違憲審査の条文が存在しなくなったが、この伊藤の構想にみられる議会の警戒し、議会の行動から憲法を守る視点は、穂積や上杉などの憲法学説によって受け継がれることになる。

明治憲法の条文上では、違憲審査制に関する規定は存在しなかった<sup>11</sup>。また大審院においても法律や命令等の実質的な審査権は否定されている<sup>12</sup>。他方、学界においてはアメリカ型の違憲審査制や大陸型の違憲審査制などが議論されていた<sup>13</sup>。ここで注目すべきは佐々木惣一博士の「憲法裁判所」の構想である。当初、佐々木博士は司法裁判所の審査には形式的な違憲審査しか認めない立場であったが、大正3年の論文では「憲法裁判所」の設置の必要性を説いている<sup>14</sup>。ただし、ここでいう「憲法裁判所」は大臣訴追のみを指していた。

このように明治憲法下でも、学界では違憲審査について議論がなされていたことがわかる。違憲審査制そのものは現行憲法によって初めて登場したが、それを支える論理自体は、明治憲法下の憲法学の中で着実に準備がなされていたことがわかる。

次に、日本国憲法の制定過程では、当初の憲法改正作業において、違憲審査制への言及はなされていなかった。たとえば松本草案においては、違憲審査制に関する規定は存在しなかった。ただ、わずかに日本進歩党の憲法草案の中に違憲審査制が盛り込まれており、また内大臣府案の1つであった佐々木惣一草案においても憲法裁判所の設置がうたわれていた<sup>15</sup>。

このように違憲審査制は、民間の憲法草案や政党の一部の草案にしかみられず、関心が低かった。しかし、前述のように明治憲法下でも違憲審査制への関心がなかったわけではないことから、わが国が独自に違憲審査制を導入させることは不可能ではなかった。

違憲審査制導入の発端となったのは、連合軍最高司令官総司令部（以下、「GHQ」と略す）民政局のラウエルが起草した覚書といわれている。ここでは「裁判所が立法を違憲と宣言する権限をもつ旨を明確に規定し、かつ、それは、国会による再審査に服し、国会は両院の3分の2の議決により〔裁判所の判断を〕破棄できるものとする」と<sup>16</sup>とされている。違憲審査制の導入に決定的な影響を及ぼしたのが、次に見るマッカーサー草案であった。

---

穂積は神権的国体概念によって天皇の裁可は法律が違憲でないことの絶対の証であると考えれば違憲審査否定論になり得るし、上杉は議会を警戒する立場から肯定論の成り得た。（佐藤幸治「違憲審査制の類型と救済」前掲書 223 頁以下参照。）

<sup>11</sup> この点に関して、佐藤教授は「ごく一般的にいえば、一方では、明治憲法のもつ神権的な国体概念(大権政治的側面)から説明することもできようし、他方では、明治憲法のもつ立憲主義の側面を維持・発展させるためには何よりも議会制を確立することが肝要とされ、「司法権」による立法権の抑制ということが現実の課題として強く意識されにくいところがあったのではないか」と説明をしている。

<sup>12</sup> 大審院判決録刑事之部第 19 輯 790 頁大正 2 年 7 月 11 日宣告。

<sup>13</sup> 上杉慎吉『帝国憲法』（清水書店、日本大学、明治 38 年）495 頁～496 頁。市村光恵「帝国憲法論（増補・訂正）」（有斐閣、昭和 4 年）693 頁以下など。

<sup>14</sup> 佐々木惣一「憲法裁判所設置の議」『立憲非立憲』（大正 3 年）330～371 頁。

<sup>15</sup> 盛秀雄『佐々木惣一博士の憲法学』（成文堂、昭和 53 年）

<sup>16</sup> 高柳賢三＝大友一郎＝田中英夫『日本国憲法制定の過程—連合軍総司令部側の記録による— I 原文と翻訳』（有斐閣、昭和 47 年）35～36 頁。

## (2) マッカーサー草案における違憲審査制

マッカーサー草案では、違憲審査制をどのように捉えていたのか。まず草案の起草の前提として、SWNCC1228 においては「国民を代表する立法府の承認した立法措置—憲法改正を含む—に関しては、政府のいかなる機関も、暫定的拒否権を有するにすぎないこと」<sup>17</sup>という指針が示されていた。「政府のいかなる国家機関」も国会に対して暫定的な拒否権しか有さないとする。これはまさに国会が最高機関とされるからである。そのため、後述するように最高裁判所の違憲判決についても、国会の再審査に服することになっていた。最高裁判所の違憲判決の効力は暫定的なものであり、国会が「国権の最高機関」とするのは、政治的な美称ではなく文字通り国会は最高機関であったことがわかる。

結局、議論の後に「最高裁判所が、具体的な争訟を待たずに立法を違憲であるとして拒否する権限をもつとすることは、この指針に反するが、具体的事件において憲法の解釈が生じたときには立法に対し完全なる審査権を有することは、さしつかえない」（傍点、引用者。以下同じ。）<sup>18</sup>ということに落ち着いたのであった。したがって、マッカーサー草案以前の段階で、すでに違憲審査制は付随的審査を目指していたことがわかる。

これを前提にマッカーサー草案が起草されることになった。その結果、当初の試案では「最高裁判所は、終審の裁判所である。法律、命令、規則または処分の合憲性が問題となった場合に、最高裁判所の判決が第 19 章<sup>19</sup>のもとで生じた事件または同章に関連する事件についてなされたものであるときは、その判決は最終的である。しかし、法律、命令、規則または処分の合憲性が問題となった場合で、最高裁判所の判決がそれ以外の事件についてなされたものであるときは、その判決は、国会の審査に服する。審査の対象となった最高裁判所の判決は、国会の総議員の三分の二以上の賛成があったときに限り、くつがえされる。」<sup>20</sup>とされた。したがって、ここでの違憲審査は「事件または同章に関連する事件」のみを対象とする付随的審査にとどまり、しかも最高裁判所の憲法判断が「最終的」とされながらも、国民の権利義務に関する事件以外の違憲審査については国会が判決を覆せるとしたところをみると、最高裁判所には制限的な審査権しか与えられていなかったことがわかる。つまり、この部分は SWNCC1228 での指針に添ったものである。

---

<sup>17</sup> 高柳・前掲書 415 頁。

<sup>18</sup> 高柳賢三＝大友一郎＝田中英夫『日本国憲法制定の過程Ⅱ—解説—』（有斐閣、昭和 47 年）242 頁。

<sup>19</sup> ここは「国民の権利義務」に関する章を意味し、この時点では何章になるのか定まっていなかった。後にこれが第三章となり、以下註 20 に記載したマッカーサー草案 73 条になる。

<sup>20</sup> 高柳・前掲書 193 頁。最終的に草案における違憲審査の規定は「最高法院ハ最終裁判所ナリ法律、命令、規則又ハ官憲ノ行為ノ憲法上合法ナリヤ否ヤノ決定カ問題ト為リタルトキハ憲法第三章ニ基ク又ハ關聯スル有ラユル場合ニ於テハ最高法院ノ判決ヲ以テ最終トス法律、命令、規則又ハ官憲ノ行為ノ憲法上合法ナリヤ否ヤノ決定カ問題ト為リタル其ノ他有ラユル場合ニ於テハ国会ハ最高法院ノ判決ヲ再審スルコトヲ得」（73 条）とされた。

興味深いのは最高裁判所の判決を「最終的」とするという文言である。この文言からすれば、下級裁判所による違憲審査も排除されていない。すなわち、訴訟が提起された場合、憲法の争点のみ切り離して、最高裁判所で直接審査するという「集中型」ないし「独立型」の審査制ではなかったことが、マッカーサー草案から見て取れる。したがって、最高裁判所は最高の司法機関として活動し、違憲審査は最高裁判所における判断が最終のものとなっていた。

このようにマッカーサー草案における違憲審査制は、明らかに付随的審査であり、審査権は下級裁判所にも認められ、最高裁判所の判決を最終とするものであった。これは榎原教授の類型論にいう純粹型付随審査説<sup>21</sup>に該当する。ただし、その最終判決も国民の権利義務に関する事件以外のときは、国会によって再審査されるところにその特徴がみられる。そして、最高裁判所で直接審査するという「集中型」ないし「独立型」の審査制はGHQの構想の中になかったこともわかった。

この国会による再審査制は、すべて最高裁判所で審査されるように徹底すべきとの日本側の主張によって、最終的に削除されることになった。これが違憲審査権の規定について、最大の修正点である。その後何度か字句の修正がなされ、憲法改正草案77条〔違憲審査権〕は以下のように規定された。

「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審の裁判所である。」<sup>22</sup>

この修正理由について、榎原教授は「審査制の本質的変更を加えようと明確な意図のもとで」はなく、国会が自ら作った法律を公正にもう一度判断することができるだろうかという日本側の意見があったからであるといわれる<sup>23</sup>。つまりここでは再審査権についてのみ削除されたものであり、違憲審査に関する本質的な変更がなされたわけではない<sup>24</sup>。

そしてこのマッカーサー草案をもとに作成された「憲法改正草案」が枢密院に諮問され、その後帝国議会に提出された。ちなみにこの条文では「憲法に適合するかしないかを決定する」となっているが、これが何を意味しているのかは、枢密院の審議に備えるための想定問答の中で示されているので、次章で述べることにする。

---

<sup>21</sup> 榎原猛「違憲審査制の再検討」大石義雄先生喜寿記念『日本国憲法の再検討』（嵯峨野書院、昭和55年）547頁。

<sup>22</sup> 佐藤達夫著、佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第2巻』（有斐閣、平成6年）344頁。

<sup>23</sup> 榎原・前掲論文549頁。

<sup>24</sup> しかし、他方で国会が「国権の最高機関」とする文言は残った。そのため、最高裁判所の違憲判決に対する国会の再審査権がなくなったことで、国会を「国権の最高機関」と位置付ける法的根拠を失うことにもなった。

### 3 枢密院、帝国議会における違憲審査制論議

#### (1) 枢密院における違憲審査制の捉え方

このように、日本国憲法では付随的審査制を採用することになり、これを前提にその後の議論がなされたが、最高裁判所判決の「効力」を巡っては様々な議論が交わされることになった。というのも、枢密院と帝国議会での審議は、付随的審査制を採用したことを前提としてはいるものの、必ずしも判決の「効力」が個別的効力にとどまるとする純粋型付随審査の立場<sup>25</sup>で一致していたわけではなかった。

枢密院での審議において注目すべき点は2つある。

第1点は枢密院での審議に備えるために法制局によって作成された「想定問答」である。ここでは、違憲審査制の性格に関しては、マッカーサー草案で示された付随的審査権が前提とされていた。そして、憲法改正草案77条〔違憲審査権〕と94条〔最高法規性〕との関係で「無効の法令等は、何人が権威も持ってその無効を認定するかといえば、無効法令の制定機関がこれを廃棄する場合の外は、結局その法令等に関し何らかの争訟が起つた場合に、裁判所が、これを決定することになる。そして違憲問題の判断については、最高裁判所はもとより下級裁判所も、これを為し得ると解するが、下級裁判所が判断した問題については、最終的には最高裁判所が決定権を有する。」<sup>26</sup>と、最高法規性に基づく違憲法令の認定権は、具体的な争訟が提起された場合に裁判所にあるとし、とりわけ、最終的な決定権は最高裁判所にあるとした。

また前述の改正草案77条〔違憲審査権〕の条文の中の「憲法に適合するかしないかを決定する」という文言の意味に関しては、「法律、命令等が第94条によって無効であることを確認することである」<sup>27</sup>とした。続いて違憲と確認された法令の効力に関しては、「裁判所が法令を廃止することはない。ただ、第94条〔憲法の最高法規性〕によって無効となるのである。しかしこのことを判然とさせるために、それぞれの法令制定機関は法令廃止の手続を取るべきである」<sup>28</sup>と説明している。したがって、当時の政府は違憲審査制を付随的審査としながらも、最終的な決定権は最高裁判所にあるとし、最高裁判所は違憲の「決定」だけでなく、法令そのものの「無効」を「確認」する権限まで持つと考えていたことになる。さらに最高裁判所によって「無効」と「確認」された法令については、制定機関すなわち国会は改正草案94条〔憲法の最高法規性〕に基づいて「法令廃止の手続を取るべき」ものとさ

---

<sup>25</sup> 榎原・前掲論文 537 頁。

<sup>26</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第1分冊および第6分冊の合本)』(司法研修所、平成9年) 305 頁以下参照。

<sup>27</sup> 内藤・前掲書 336 頁。

<sup>28</sup> 内藤・前掲書 345 頁。

れる。つまり、これによって違憲判決にはいわゆる改廃手続きを義務づける「一般的効力」が認められたことになる。

それゆえ「想定問答」によれば、最高裁判所は法令を「違憲」と判断した場合、具体的事件についてのみ当該法律を無効とするのではなく、改正草案 94 条を介して法律を一般的に無効と確認する権限まで有すること、さらに最高裁判所によって「無効」とされた法令については、国会が改廃手続きを取らねばならないとされている。

第 2 点は、審議における松本丞治国務大臣と入江俊郎法制局長官の発言である。違憲審査に関する改正草案第 77 条 2 項〔違憲審査権〕と同第 94 条〔最高法規性〕の関係について、松本大臣は「第 94 条は第 77 条 2 項と相応するものであって第 77 条<sup>29</sup>により第 94 条の内容を判定する…」と答えた。つまり「想定問答」と同様に、77 条の違憲審査による判定の結果、当該法律等が違憲となれば、さらに改正草案 94 条を介してその法律等は「無効」となるというような関係にあると考えたのではないか。

また、松本大臣は「(第 77 条) 第 1 項と第 2 項との関係は別であり、第 1 項は最高裁判所は終審裁判所である。第 2 項は法律等が違憲か否かを決定するのは最高裁判所専属の管轄を保有することを定め、下級裁判所においても違憲か否かを判定し得る場合には結局上訴される最高裁判所においても決定される。」<sup>30</sup>とし、「(具体的な) 事件を離れて判定するのは果たして司法権の作用に含まれるのか疑いはあるが、結局事件に関連してこれを決定することが必要である。」<sup>31</sup>と答えた。つまり付随的審査制にとどまる以上、最高裁判所は「事件を離れて判定する」ことは認められない。しかし、「事件に関連してこれを決定する」ことは可能というわけである。ということは、最高裁判所は、当該事件そのものに限定して憲法判断を行う機関にとどまらず、広く「(具体的) 事件に関連して」憲法の最高法規性の維持に努めるため、一般的な判断を下すことも可能な機関であるとされていた。

さらに「(具体的な) 事件に関連してこれを決定する」ことが「必要」とされている以上、最高裁判所の違憲審査の目的は具体的事件における権利保障だけではなく、それと「関連」する限りではあるが、一般的に憲法秩序を維持することにもあると考えられよう。つまり、ここでは最高裁判所は憲法保障機能も有し、最高裁判所の違憲判決はその限りで、特別な効力(立法府や行政府にどのようにな効力が及ぶか明らかではないが)も持つことになろう。

この松本大臣の発言の背景には前述した「想定問答」があると思われる。つまり松本大臣は、付随的審査制を念頭に置きながらも、最高裁判所の判決については特別の効力を認めていることになろう。

また入江長官も、違憲審査に伴う判決について、「一応、現在の考えでは、その効果の及

---

<sup>29</sup> 第 77 条(第 1 項)最高裁判所は、終審裁判所である。(第 2 項)最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する。

<sup>30</sup> 村川一郎『帝国憲法改正案議事録』(国書刊行会、昭和 61 年)141 頁。

<sup>31</sup> 村川・前掲書 125 頁。

ぶのは具体的の案件についてのみであるが、その場合はただちに政府がその法令の改廃の  
手続をとる義務があると思う。」<sup>32</sup>と、政府に対して法律等の改廃義務を負わせている。こ  
れは、最高裁判所の判決が政府に対して拘束力をもつ、すなわち「一般的効力」を有する  
ということである。しかも入江長官の発言によれば、最高裁判所による違憲判決は、改正草案  
94条〔最高法規性〕を介さずに、直接、「一般的効力」を有することになる。入江長官は  
「私は、憲法裁判所というものは、いわゆる司法裁判所ではない第4権的なものでしょうけ  
れども、最高裁判所の司法裁判所という本質をそのままにしておいて、これに若干憲法裁判  
所的な性格を与えるという程度のこと、憲法81条に反するというわけでもない」<sup>33</sup>とも述  
べており、具体的事件を前提とする付随的審査制をとりつつも、最高裁判所が憲法裁判所的  
機能を発揮することまで想定していたことがわかる。となれば、最高裁判所の判決に「一般  
的効力」を認めたのは当然といえよう。

そもそも、憲法裁判所は独立した、憲法問題を専門的に審査する機関を指す。つまり、法  
律などの合憲性を具体的事件と関係なく直接審査し、あるいは具体的事件を前提とする場  
合は、憲法判断の部分だけを切り離して集中的に審査する裁判所である。そして、この憲法  
裁判所の判決には「一般的効力」があるとされる。入江長官の発言は、このような審査権を  
最高裁判所に全面的に与えるというのではなく、「若干」の憲法裁判所的な性格を最高裁判  
所に与えても憲法81条には反しないとするものである。つまり入江長官は、最高裁判所が  
司法裁判所であって独立して憲法判断を行う機関ではないこと、したがって抽象的な審査  
を行うわけではないが、その判決には「一般的効力」が認められることから、「若干」とい  
う表現を用いたのではないと思われる。

このように枢密院の審議では、政府は一方で違憲審査制を付随的審査制であるとしつつ  
も、他方で違憲判決には一般的に法律等を違憲と認定し、改正草案94条を介して無効とす  
ることができるとしており、さらに入江長官の発言にみられるように、政府に対して拘束力  
が生じる「一般的効力」もあると考えていたことがわかる。ちなみに、枢密院本会議での潮  
恵之輔顧問官の報告では「すべての司法権は最高裁判所及び法律に定めるところにより設  
置する下級裁判所に属するものとし、特別裁判所の設置は認めない。しかして最高裁判所に  
憲法裁判所的機能を併存させ、一切の法令又は処分が憲法に適合するかしないかの裁判を

---

<sup>32</sup> 佐藤達、佐藤功・前掲書428頁。

<sup>33</sup> 入江俊郎「違憲審査権について」『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題』（第一法規出版、昭和51年）642  
頁。また入江長官は、このことについて後に、法令を違憲であるとする裁判が確定した場合の判決の効力  
に関して「私は、現行の81条の解釈としては、…個別的、相対的な無効ということにとどまると思うので  
ありますが、しかし、立法論として考えると、一体、最高裁判所において、広く一般に適用される法令が、  
訴訟としては個別的、相対的事件について提起されたものであつたとしても、これが無効であると最高裁  
判所が最終的に判断したものである以上は、一般的、対世的に無効としてもいいのではないかと思う。」(642  
～644頁)と述べ、最高裁判所はある程度の憲法裁判所機能を備えているとした。

できるもの」と最高裁判所に憲法裁判所的機能を併存させることを明言している<sup>34</sup>。

また松本國務大臣は、「(具体的な) 事件に関連してこれを決定する」ことは「必要」であるとしている。これは、具体的事件に加え、一般的な違憲審査を行う必要性を強調するものであり、さらにその効力も広く及ぶことを示すものであるといえよう。さらに入江長官の発言でもうひとつ注目すべき点は、具体的事件における違憲判決そのものの「個別的効力」と、「政府がその法令の改廃の手段をとる義務」が発生する「効力」は別次元の問題であるとされていることである。つまり、違憲判決は、具体的事件に対してのみ及ぶ判決そのものの「個別的効力」と、「事件に関連して」一般的に憲法判断を行い政府に対して義務を負わせる「一般的効力」を有する。また、前者は権利保障を、後者は憲法保障、つまり憲法秩序の維持を目的としているといえる。

さらに、判決に関して入江長官自身はその「効力」は当該事件についてのみ及ぶが、「その場合にはただちに政府がその法令の改廃の手段をとる義務があると思う」と述べているように、判決は政府に対して改廃義務まで課している。したがって、この最高裁判所の憲法判断に基づく政府の法令改廃義務は単なる道義的義務とはいえ、憲法裁判所的機能による法的義務とみなしなければならない。このように解するならば、最高裁判所が違憲審査の際に下す判決には、当事者に対する「判決そのものの効力(個別的効力)」と他の機関を拘束する「一般的効力」の2つを有するということになる。

以上のように、日本側の審議に入るや、当初のマッカーサー草案については、付随的審査制の採用という点のみが残り、それ以外の部分、すなわち法律等に関する最高裁判所の判決の効力などに関しては、日本が独自の道を歩み出したことになる。

## (2) 帝国議会における違憲審査制の捉え方

次に第90回帝国議会での審議において重要な点は、議会に提出される前段階で法制局における答弁資料の作成段階の中で作られた「想定問答」と帝国議会での政府の違憲審査制の捉え方の2つの点である。

まず「想定問答」であるが、「第77条2項の最高裁判所による違憲立法審査については如何なる制度を予定してあるか」という問いに対して、「審査権の行使の手段及び効果についても右に掲げたアメリカ型の制度を予定してある」と、付随的審査制であるという点ではこれまでの流れを明言した形となった。また「国家機関、公共団体等は法律が憲法に違反すると認めた場合直接にその決定を最高裁判所に申立てることが出来るのか」との問いに、「具体的な訴訟事件が起つた場合にのみ最高裁判所は審査権を行使するのであって、右の様なことは認められない。…第77条〔違憲審査権〕の定める審査権の制度も立法権に対する一つの有力な牽制の手段ではあるが、消極的、受動的な機能たる性質を帯びているものである」とした。「消極的、受動的な機能たる性質」ということは、これまで述べられてきた

---

<sup>34</sup> 村川・前掲書 183頁。

具体的事件があつてはじめて違憲審査を行う付随的審査制であることをここでも確認したことになる。

他方、違憲判決の効力に関しては、もし一般的な効力を認めた場合は「最高裁判所に過大な権力を与えるものである」としつつも、「但し立法府、行政府が、違憲判決によって反省して、以後の立法に際してその判決の趣旨を採り入れる…ことは勿論差支えなく、また期待するものである」という答弁が用意された<sup>35</sup>。つまり、最高裁判所が合憲性を判断して、違憲の決定がなされた場合は、その判断に基づいて立法府や行政府が法律の改廃を行うことを「期待」というものである。これは立法府や行政府に対して法的に改廃義務を課すものではない。

しかし、これが改正草案 94 条〔最高法規性〕の趣旨を取り入れたものである<sup>36</sup>とするならば、立法府や行政府は法令の改廃行為を行わなければならない。この改廃行為は憲法の最高法規性に関する規定から生じるものである以上、単なる道義的な義務とするわけにはいかない。つまり、立法府や行政府の改廃行為は憲法上の要請に基づいたものということになる。また、ここで取り上げた帝国議会に提出される前に法制局において答弁資料として作成された「想定問答」と、枢密院での審議に備えるために法制局によって作成された「想定問答」で明らかにされた日本政府の見解は、ほぼ一貫した内容となっていることがわかった。

帝国議会の審議において、木村篤太郎司法大臣が違憲判決の効力に関して述べていることは注目に値する。木村司法大臣は、「最高裁判所において法令の違憲問題を裁判した場合、…司法の建前と致しましては、裁判に依つて下された判決は、当事者を羈束するのであります。…当事者以外の者に対しては形式的には羈束力はないのであります。併しながらこの憲法草案第 77 条〔違憲審査権〕に於て将来違憲問題が訴訟として表れ、それに付判決を下された場合に、その判決は、無論形式的には国会及び内閣を羈束するものではありません。併しながら…その判決は尊重すべきは当然であります。而して 94 条〔最高法規性〕との関係上、必ずやその判決は、尊重され維持されるべきもの…従つて形式的には羈束力は持ちませぬが、実質に於ては羈束をされるべきものと存するしだいであります。」<sup>37</sup>、という注目すべき発言をしている。

この発言の背景には、木村司法大臣が「下級裁判所に於きまして法律を適用する場合に、憲法に違反すべきやの疑いが生じた場合には、その裁判所は、その問題を切り離して最高裁判所にその審査決定を求めると云うことに相成るかと存するのであります。要するに最高裁判所が法律の違憲審査決定権を持つことになる」という発言がある。すなわち国会や内閣が、最高裁判所の違憲判決に実質的に羈束されるということの背景には、最高裁判所が下級

---

<sup>35</sup> 佐藤達、佐藤功・前掲書 478～479 頁。

<sup>36</sup> 佐藤達、佐藤功・前掲書 480～481 頁。

<sup>37</sup> 清水伸『逐条日本国憲法審議録第 3 巻』（有斐閣、昭和 37 年）566～567 頁。

裁判所とは区別され、さらに、具体的事件に付随した憲法問題を事件と切り離し、憲法判断を最高裁判所に集中させた上で、「最高裁判所が法律の違憲審査決定権を持つ」<sup>38</sup>という最高裁判所の位置づけの問題があるといえよう。最高裁判所による違憲判決には、改正草案 94 条を介してこのような「一般的効力」が発生するからこそ、最高裁判所は下級裁判所と違い憲法問題のみを切り離して、集中的に憲法判断をさせようとしたわけである。ただ、木村司法大臣は、同時に「裁判所は一般的に法律そのものが憲法に違反するかどうかというようなことを裁判しない」<sup>39</sup>とも発言している。この木村司法大臣の発言によって、最高裁判所による具体的事件を離れた抽象的審査が否定され、最高裁判所は付随的審査とされる一方、最高裁判所は下級裁判所と異なり、「法律の違憲審査決定権を持つ」機関とされた。これにより、最高裁判所の判決は、一方で具体的事件の解決のための効力しか有しないので、形式上は立法府や行政府を羈束しないが、他方で最高裁判所は「法律の違憲審査決定権」、つまり憲法問題を一般的に判断する権限をもつものとされ、さらに改正草案 94 条との関係から最高裁判所の違憲判決には国会や政府を実質上羈束する効力をもつことになる。

木村司法大臣は、違憲審査は具体的事件に付随して行い、そこでの判決の効力は個別的効力になるとしたが、さらに国会や政府に対して実質的（事実上）に「一般的効力」があるとした。この効力から生じる国会や政府の義務は、事実上改正草案 94 条〔最高法規性〕との関係上、単なる道義的な義務とはいえないであろう。

そしてこのことは明らかに、最高裁判所の違憲判決が、判決そのものの「個別的効力」と判決の「一般的効力」とに分けられることを示している。今日までの最高裁判所の違憲判決をみると、木村司法大臣のこの発言こそ、現在の最高裁判所における違憲審査制の運用の実態を表していることがわかる。例えば、詳細な説明は避けるが、刑法の尊属殺重罰規定判決<sup>40</sup>、薬事法の距離制限規定判決<sup>41</sup>、森林法の分割制限規定判決<sup>42</sup>、また議員定数配分規定判決<sup>43</sup>などは、提起された具体的な事件を解決するため、当事者に直接判決の効力を及ぼさせる一方で、事件解決に関連した規定の違憲性をも一般的に判断したものとみることができるのではなかろうか。またこの一連の判決においては、立法府と行政府の行動をみると

---

<sup>38</sup> 清水、前掲書 573 頁。

<sup>39</sup> 清水・前掲書 568 頁。この点に関して、金森国務大臣は国会との関係において「裁判所が国会で作った法律そのものを無効とすると云う意味ではありませぬ。唯裁判所が見る所を以って自分の所管内ではその法律を無効なりと認めて適用しない。併し法律そのものは生きて居るのであります。裁判所は判決そのものにこれは用いないと云うだけで、余程これは制約させられた意味で国会と云うものを批判する。」とした。

<sup>40</sup> 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁。

<sup>41</sup> 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁。

<sup>42</sup> 最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁。

<sup>43</sup> 最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁。

多くの違憲判決<sup>44</sup>後速やかに法令改廃の行動をしているので、事実上、一般的な効力（憲法 98 条を根拠に）が生じていると解すこともできなくはない。このように、今まで法令に関する違憲判決は、直接には判決そのものの「個別的効力」と間接には判決の「一般的効力」を伴うものであることを事実上示しているといえる。

以上のように、帝国議会の審議においては、憲法上どのような効力になるか明記はなされなかったが、改廃行為の要請が改正草案 94 条との関係を考慮して、事実上の「一般的効力」という問題にまで踏み込んで、議論されることになった。このように当時の日本側の議論においては、違憲審査は純粹な付随的審査にとどまっていたというわけではない。つまり、マッカーサー草案をもとに日本独自の制度が模索されていたのである。このことはとりわけ、憲法の付随法律としての裁判所法の中で日本独自の付随的審査制が採用されたことによって、明確に示されている。

#### 4 裁判所法における違憲審査制論議

##### (1) 裁判所法案起草段階における違憲審査制の捉え方

裁判所法改正の議論で注目すべき点は 2 つある。

まず第 1 点は、日本政府と GHQ との間で話し合われた裁判所法案起草段階のことである。第 2 点は、帝国議会における裁判所法案の審議に際して作られた政府答弁の「想定問答」<sup>45</sup>と貴族院の裁判所法案特別委員会<sup>(46)</sup>の審議における内藤頼博政府委員の発言である。

裁判所法案は第 1 次から第 11 次法案まであり、その過程で随時 GHQ との話し合いが行われた。まず第 1 次裁判所法案<sup>47</sup>は昭和 21 年 8 月 22 日に作成され、その第 2 編第 6 条〔最

---

<sup>44</sup> 法律に対する違憲判決は、①尊属殺重罰規定事件（最大判昭和 48 年 4 月 4 日 刑集 27 卷 3 号 265 頁）、②薬事法距離制限規定事件（最大判昭和 50 年 4 月 30 日 民集 29 卷 4 号 572 頁）、③森林法共有林分割事件（最大判昭和 62 年 4 月 22 日 民集 41 卷 3 号 408 頁）、④郵便法免責規定事件（最大判昭和 62 年 4 月 22 日 民集 41 卷 3 号 408 頁）、⑤在外邦人の選挙権制限規定（最大判平成 17 年 9 月 14 日 民集 59 卷 7 号 2087 頁）、⑥婚外子国籍確認請求事件（最大判平成 20 年 6 月 4 日 民集 62 卷 6 号 1367 頁）、⑦非嫡出子相続分規定事件（最大判平成 25 年 9 月 4 日 民集 67 卷 6 号 1320 頁）、⑧女性再婚禁止期間規定事件（平成 27 年 12 月 16 日 民集 69 卷 8 号 2427 頁）、⑨在外邦人の国民審査権制限規定（令和 4 年 5 月 25 日裁判所 HP 参照 [https://www.courts.go.jp] 閲覧日令和 4 年 5 月 30 日）、さらに議員定数不均衡事件（最大判昭和 51 年 4 月 14 日 民集 30 卷 3 号 223 頁）などもある。このうち①については違憲判決後 22 年たってようやく改正されたが、尊属殺人罪（刑法 200 条）を全文削除して、違憲判決の内容通り（尊属殺の目的は合憲、刑罰が不平等＝刑罰の内容を改正することが判決の趣旨）に改正されなかった。

<sup>45</sup> 内藤・前掲書 353 頁以下。

<sup>46</sup> 第 92 回帝国議会貴族院裁判所法特別委員会議事速記録第 1 号

<sup>47</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第 3 分冊)』（司法研修所、平成 9 年）148 頁以下。

高裁判所の裁判権〕は最高裁判所の裁判権を以下のように規定した。

「一 上告事件

二 法律により特に最高裁判所の権限に属する抗告事件

三 訴訟法の規定により下級裁判所から裁判を求められた事件

四 その他法律により最高裁判所の権限に属する事件」<sup>48</sup>

そして13条〔違憲判決〕は第6条に対応して以下のように規定した。

「最高裁判所は、法律、命令、規則又は処分が、憲法に適合しないとの裁判を為したときは、直ちにその旨を告示し、政府、その命令もしくは規則を出した行政庁またはその処分を為した行政庁に対し、裁判の正本を添えて、これを通知する。政府又は行政庁は、前項の通知受けたときは、滞りなく、適當の措置をとらなければならない」<sup>49</sup>

このように第1次裁判所法案では、6条3号によって違憲審査を最高裁判所に集中させ、13条では最高裁判所で行われた憲法判断をもとに、政府又は行政庁に対して改廃の義務を負わせている。つまり、13条は最高裁判所による違憲判決に法的な「一般的効力」を認めるというものであった。これは、前述の枢密院での審議における入江法制局長官の発言や帝国議会における木村司法大臣の発言とほぼ一致する。

そして注目すべきことは、ここでも最高裁判所の違憲判決は、事件の当事者にのみ及ぶ「個別的効力」だけではなく、法的に政府や行政庁に対して「滞りなく、適當の措置をとらなければならない」とする「一般的効力」を有していることである。この時点では、違憲判決が「一般的効力」を有することは最高法規性条項（草案94条）に基づき、法律（裁判所法）上に明記されたものであり、ここから生じる義務は、道義的義務でなく、法的義務となっていたわけである。

ところが、第2次裁判所法案では、この「一般的効力」を認めた13条〔違憲判決〕は削除されてしまった<sup>50</sup>。これにより、法律上「一般的効力」は消滅することになった。

この第2次裁判所法案以降、法案内容は随時GHQの審査を受けることになった。このGHQとの会談の中で、違憲審査についてはこれを最高裁判所に集中すべきか否かが中心に話し合われた。日本側は最高裁判所に憲法問題を集中して審議させようとしていた。たとえば司法省の奥野民事局長は「違憲を問題とする点については最高裁判所で中間的な判断をすることを考えている」とした。すなわち下級裁判所で憲法問題が争点となった場合、「審

---

<sup>48</sup> 内藤・前掲書149頁。

<sup>49</sup> 内藤・前掲書151頁。

<sup>50</sup> 削除された第一次裁判所法案13条〔違憲判決〕は、「政府又は行政庁は、前項の通知受けたときは、滞りなく、適當の措置をとらなければならない」という重要な部分が抜け落ちているが現在も残っている。それは最高裁判所裁判事務処理規則14条で、以下のように規定されている。

「裁判したときは、その旨を官報に公告し、且つその裁判書の正本を内閣に送付する。その裁判が、法律が憲法に適合しないと判断したものであるときは、その裁判書の正本を国会にも送付する。」

議を中断して憲法問題に関して最高裁判所に判断を仰ぎ、中間判決を出してもらおうということである」<sup>51</sup>と述べた。これはまさに集中型の憲法裁判所であり、この発言の背景には、やはり最高裁判所での違憲判決は「一般的効力」を伴うはずであるとの認識があったためと見ることができるよう。

しかし、GHQ との会談の中で 6 条 3 号〔最高裁判所の裁判権〕は、最高裁判所が多忙となることや当事者の意思に反して最高裁判所に判断が持ち込まれるのはどうか、という GHQ 側の意見により削除されることになった。こうして違憲審査を最高裁判所に集中させようとした 6 条 3 号〔最高裁判所の裁判権〕は、GHQ 側の反対にあい、第 6 次裁判所法案で削除されてしまう。これにより日本側が意図していた違憲審査を最高裁判所に集中するための条文上の根拠は失われたことになる。しかし、この集中型違憲審査制の痕跡は現在の刑事・民事訴訟法の中に存在している。このことについては後述する。

このような中で、GHQ 民政局課長オプラーは違憲判決の効力に関して「下級裁判所の違憲判決によって政府は何等拘束されない。その判決はその事件についてのみの判断である」としつつ、最高裁判所の違憲判決については「併し、政治的、実際的について最高裁判所が違憲判決をすれば政府はその法律を強行することは、實際上出来ないから、どうしてもその法律を変更しなければならない。」<sup>52</sup>と述べて、最高裁判所と下級裁判所とでは違憲判決の効力について差異を設けるべきとの見解を示した。これは削除された 13 条の趣旨と一致する。ということは GHQ 側も付随的審査制を求めてきたにもかかわらず、最高裁判所の違憲判決の効力に関しては判決のそのものがもつ「個別的効力」と「どうしてもその法律を変更しなければならない」とする部分とを分けて考えていたと見ることができるのであろう<sup>53</sup>。さらにいえば、「法律を変更しなければならない」ということは、やはりここでも最高法規性条項（草案 94 条、現 98 条）を介して、違憲の法律等は改廃しなければならない状況になるということである。つまり、政府に対して義務を課す裁判法上の根拠は失ったが、結局ここでも違憲判決は事実上「一般的効力」を有するといえるのではなかろうか。

また最高裁判所に違憲審査を集中させることについて、GHQ は「当事者の意思に反して最高裁判所に判断が持ち込まれる」ことを理由に反対した上、抽象的審査を否定し、最高裁判所が主導的・能動的に違憲審査を行わないようにして、あくまで付随的に審査を行うことを要求した。しかし他方では、最高裁判所の違憲判決は下級裁判所の違憲判決と差異を設けられた。これは、最高裁判所の違憲判決が事実上「一般的効力」を伴うものである以上、下級裁判所と差異がつけられたのは当然であろう。

その後 GHQ との会談は何度も行われたが、最高裁判所の違憲審査制に関して、その後話し合いは行われず、そのほかの点で若干の修正がなされた。そして、最終的に第 10 次裁判

---

<sup>51</sup> 内藤・前掲書 538 頁。

<sup>52</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第 1 分冊)』(司法研修所、平成 9 年) 539 頁。

<sup>53</sup> 佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』(有斐閣、平成 7 年) 161 頁。

所法案が GHQ に承認され、帝国議会に裁判所法案として提出された。

以上のことから明らかになったのは、裁判所法案起草段階においては、当初第 1 次裁判所法案にあったように、最高裁判所は具体的な事件の解決に不可欠な憲法問題のみを具体的な事件に即して審査するだけでなく、「事件を契機に」下級裁判所から送られてきた憲法問題を判断するという、まさに「集中型」の憲法裁判所のように捉えられていたことである。というのは、憲法問題を独立して審査し判断するということは、具体的な事件に即した権利保障だけでなく、明らかに憲法保障機能をも指しており、この段階では、最高裁判所はまさしく憲法秩序維持を任務とする憲法裁判所でもあったからである。したがって、当初、わが国では現在のドイツ連邦憲法裁判所でみられるような具体的規範統制のような制度を考えていたと思われる。ただし、ドイツと決定的に違うのは、最高裁判所はあくまで具体的な事件を解決する通常裁判所であって、独立した憲法裁判所ではないということである。

このように、最高裁判所の違憲判決は当事者に直接効力が及ぶ「個別的効力」と、最高法規性条項を介して一般的に向けられる「一般的効力」とに分けられることがわかる。それゆえ、「一般的効力」についての明文規定、いわば担保手続規定が裁判所法上削除されたとはいえ、論理的に考えれば、憲法上の最高法規性条項を介して最高裁判所の違憲判決は、「個別的効力」と事実上「一般的効力」の両者を有しており、これを根拠に最高裁判所を特別の存在、すなわちわが国独自の憲法裁判機関と捉えることができるのではなかろうか。とすれば、裁判所法上最高裁判所の独立した違憲審査や、抽象的な審査が否定されることによって、付随的審査制をとることが決定的となった。とはいえ、最高裁判所の違憲判決にはなお事実上「一般的効力」が認められており、その意味で裁判所法の改正によって最高裁判所を一種の憲法裁判所的な存在と明確に位置づけることは不可能ではなかろう。このように考えるとわが国の違憲審査制の性格の独自性が見えてくるであろう。

## (2) 帝国議会における違憲審査制の捉え方

先の裁判所法案について、政府は議会での答弁に備えるために「想定問答」を作成した。その中で政府は「具体的な事件の裁判に於て、適用すべき法律、命令、規則又は判断すべき処分が憲法に適合するかしないかを決定するのである。…従つて一般的抽象的に法律等の違憲を決定する裁判を求めることはできない」<sup>54</sup>と、改めて付随的審査制であることを確認した。またそれと同時に、具体的な事件を伴わないで憲法判断を行う抽象的審査制を否定している。つまり最高裁判所はドイツ型の憲法裁判所ではないことを改めて示した。

次に、法律等の違憲を決定した裁判については、「一般の裁判と同様、直接には、その当事者に効力を及ぼすに過ぎない。然し、最高裁判所がその裁判で決定した場合には、公権的な解釈として、その法令は、無効とされるというものであり、その後の事件についても同様の裁判が下されることが当然期待されるわけであるから、一般にはその法令等は効力がな

---

<sup>54</sup> 内藤・前掲書 364 頁。

いものとして扱われることになろう。」と答え、これを実現するためには「(イ) 最高裁判所  
がその裁判をした場合は、その以前にその法令等を適用し、またその処分を基礎としてな  
された確定判決について、これを再審事由とする。(ロ) その法令等は、形式的には、なお存  
在するのであるから、政府は、その廃止又は取消の方策を講じて、法制上の紛乱を避けるこ  
と」<sup>55</sup>が必要であるとされた。ここで注目すべきは、法律の違憲を決定した裁判の効力につ  
いて、これまでのように「政府は、その廃止又は取消の方策を講じて、法制上の紛乱を避ける  
こと」としている。つまり法律等一般にその効力が及ぶものとされている。そしてそのた  
めに「法制上の紛乱を避けること」が必要とされているということは、政府に対して法律改  
廃に向けて措置をとる義務を認めるものと解することができよう。少なくとも、単なる道義  
的な義務のみを求めているとは言えないのではなかろうか。

さらに、「下級裁判所がその裁判で違憲の判断をしても、その法令等の効力を左右しない。  
その裁判がその事件の当事者を拘束することに過ぎない。」<sup>56</sup>としてはいるが、最高裁判所  
がその裁判で違憲の決定をした場合については、前述の法律等の違憲を決定した裁判で述  
べたように、直接的には当事者に効力を及ぼすに過ぎないが、しかし政府に改廃措置への義  
務を課していることから、その法令が一般に効力が及んでいるものとなる。ここでも、当時  
の政府は最高裁判所の違憲判決が「個別的効力」と事実上「一般的効力」を有するとしてい  
た。すなわち、最高裁判所と下級裁判所の違憲判決の効力に差異を設けていることを確認す  
ることができる。

以上により、この「想定問答」は付随的審査制を前提としているが、しかし最高裁判所が  
法令を違憲と決定した場合は、その法令を一般に無効とすることもできるということが明  
らかとなった。これは、法案起草段階における GHQ 民政局課長オペラーの発言と一致した  
ものであり、その後の裁判所法案の審議の中でも重要なポイントとなる。

そして、昭和 22 年 3 月 20 日に貴族院において裁判所法特別委員会が開かれることにな  
った。ここで注目すべきは、貴族院裁判所法案特別委員会での内藤頼博政府委員の答弁であ  
る。

内藤政府委員は、憲法違反とした裁判での判決の効力の範囲についての質問に対して、  
「最高裁判所が裁判を致しました場合には、その事件に付てその当事者を拘束することは  
勿論でございます。…併し最高裁判所が違憲だと云ふ判断をしたからと云つて、法律が全然  
法律としてその存在を失つてしまふと云ふ譯ではなくて、矢張り形式上法律としては存在  
して居ると云ふ風に考えられる」と述べた上で、「下級裁判所の場合には、又最高裁判所の  
場合と違ひまして、それ程力を持たない、単に其の事件に付て、其の当事者を拘束する」<sup>57</sup>  
として、今まで見てきた裁判所法案の一連の立場、すなわち最高裁判所と下級裁判所の判決

---

<sup>55</sup> 内藤・前掲書 364～365 頁。

<sup>56</sup> 内藤・前掲書 365 頁。

<sup>57</sup> 第 92 回帝国議会貴族院裁判所法特別委員会議事速記録第 1 号 6 頁。

の違いを議会で改めて明らかにしたのである。

また違憲判決で無効とされた法律等は、何か新しい立法手続をしない間はどのような具合で扱われるのか、という質問に対して内藤政府委員は「其の法律は恐らくは今後の裁判所に於ても無効と云う裁判をされるであろうと云ふ状態の下に形式上は存在して居る譯でありまして、さう云つた形式上存在する限り、…不都合な状態にある譯でありまして、従つてその廃止の手続を執られることが望ましいことだ」<sup>58</sup>と答えた。

内藤政府委員の一連の発言からわかるように、最高裁判所での違憲判決は、通常の当事者に直接効力を及ぼす「個別的効力」にとどまらず、一般的に法令の改廃を執られることが「望ましい」としている。つまり内藤政府委員は「一般的効力」を有するとまではしていない。しかし、他方で最高裁判所の判決によって法律そのものを廃止することはできないが、中身を廃止同然にすることができるとも述べている。さらに、違憲と判断された法律が形式上そのまま存在するということは、憲法秩序が維持されていないことを意味する。すなわち憲法98条〔最高法規性〕に違反することになる。したがって、改廃手続を執るべき政府は、最高裁判所の判断に拘束されることにならう。それゆえ、ここでも最高裁判所の違憲判決における一般的な違憲判断は最高法規性条項を媒介することによって単なる「期待」から拘束力を有するものになるといえるのではないだろうか。これは枢密院や帝国議会で作成された「想定問答」で示された考え方とほぼ一致するものといえる。

以上、裁判所法の制定過程を振り返ることによって、憲法制定過程でみられた違憲審査制の性格と判決の効力の意味をよりはっきりとした形で見ることができた。すなわちわが国の違憲審査制は、付随的審査制でありながら、最高裁判所を別格扱い<sup>59</sup>にしており、最高裁判所の違憲判決は当事者を拘束する「個別的効力」だけでなく、行政府に向けられた「一般的効力」も有することになる。

さらに、裁判所法制定過程において、日本側は違憲審査に関して最高裁判所に権限を集中させようとしていたことも注目すべきである。GHQの反対で、この最高裁判所への違憲審査の集中は、裁判所法上の根拠を失うことになったが、その痕跡として、現在の刑事・民事訴訟法においては、最高裁判所に憲法判断を集中させようとする意図の制度が存在してい

---

<sup>58</sup> 第92回帝国議会貴族院裁判所法特別委員会議事速記録第1号7頁。

<sup>59</sup> 最高裁判所を別格扱いにしていることは、第1次裁判所法案13条で見られた。それは、違憲審査は最高裁判所に集中するという、日本政府の当初の見解に由来するものと思われる。またこれが当事者の主張がなくても最高裁判所で憲法判断できるとした現在の裁判所法10条2号に反映されている。10条2号に関して内藤政府委員は「法令の違憲なりや否やその問題は憲法乃至その法律の解釈も問題でございまして、當然職権で判断すべき」〔第92回帝国議会貴族院裁判所法特別委員会議事速記録第1号6～7頁〕と憲法判断については当事者からの主張がなくても、最高裁判所の職権で判断できるとしたのである。つまり、これは下級裁判所にはない権限であり、また判決の効力に関して最高裁判所と下級裁判所で差異が設けられている根拠となっていると思われる。

る。例えば、刑事訴訟規則 254 条等がある。254 条では、「地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所がした第一審判決に対しては、その判決において法律、命令、規則若しくは処分が憲法に違反するものとした判断…が不当であることを理由として、最高裁判所に上告することができる」と規定されている。そのほか、民事訴訟法 324 条の「移送」<sup>60</sup>もこの趣旨に基づくものといえよう。前者は第一審が第二審を飛ばして、直接最高裁判所に上告する制度であり、また後者は上告審である高等裁判所が憲法判断を仰ぐために最高裁判所へ事件を持ち込む制度である。

さらに、民事訴訟法 327 条の「特別上告」は、簡易裁判所を第一審として、高等裁判所が上告審としてなした終局判決に対して行われる不服申立てのことで、憲法問題を審査するために最高裁判所にわざわざ憲法判断を求める制度である。これは最高裁判所を単なる三審制の終審裁判所としてではなく、憲法裁判機関、つまり違憲審査の終審裁判所として捉えるものであり、明らかに最高裁判所に違憲審査を集中させようとした意図が伺える。これらの制度はまさに、最高裁判所への憲法判断の集中を意図するものであり、最高裁判所には憲法裁判的要素が与えられているということに他ならない。もちろん、最高裁判所が独立して法令の審査を行うことはないが、少なくとも最高裁判所に違憲審査を集中させようとしており、その意味で憲法裁判的側面をもっていることになる。そして、現にこのような制度が存在する以上、わが国の違憲審査制は単なる具体的事件に付随して行われる違憲審査だけではなく、きわめて限られたものではあるが一種の集中型違憲審査制と見ることができ、これこそわが国独自の違憲審査制であることがわかる。

したがって、最高裁判所は具体的事件に付随してその事件の解決のために行う違憲審査の終審裁判所としてだけでなく、日本国憲法の秩序維持のために存在する憲法裁判的機関でもあり、その意味ではまさに「憲法の番人」であるといえよう。さらにいえば、最高裁判所に憲法判断を集中させるからこそ、その違憲判決は事実上他の機関にも及ぶ「一般的効力」も有することになるのではないだろうか。つまり、憲法制定過程における木村司法大臣の発言や裁判所法制定過程における奥野民事局長の発言で見られた集中型違憲審査制が、現行の刑事・民事訴訟法の中に特別手続として残っていると見るならば、その限りで現在の最高裁判所は一種の憲法裁判的存在として見ることができ、その違憲判決にも「個別的効力」とは別に憲法 98 条を介して事実上の「一般的効力」を認めることができよう。GHQ の反対にあいながらも日本側の違憲審査に関する考えが、ある程度反映された結果であると見てもよいのではなかろうか。

---

<sup>60</sup> 「移送」とは三審目、すなわち上告審が高等裁判所である場合、民事訴訟規則で定めた事由によって最高裁判所に事件を移すことをいう。つまり通常の手続では最高裁判所の判断を受けられないが、上告審である高等裁判所が憲法判断を仰ぐために最高裁判所に事件を移すことができるのである。

## 5 おわりに

以上、違憲審査制の成立過程を概観してきた。成立過程を見てみると、わが国の違憲審査制は、今まで言われてきた類型論、つまり純粋型の付随的審査というだけでは説明しきれない部分があることがわかる。そして、この部分こそ、最初に述べた佐藤教授がいわれるわが国の違憲審査制における「特殊性」や、林屋教授がいわれる「『客観的な憲法秩序の維持』という機能」ということになるのではなかろうか。

前述のように、成立過程から導き出される違憲審査制の捉え方は、現在の通説である純粋型付随的審査とはかなり異なる。すなわち、付随的審査制を前提としつつも、最高裁判所における違憲判決については、直接的な判決の「効力」そのものと判決の「一般的効力」の2つが考えられるということである。つまり、憲法制定過程においては違憲判決そのものの「個別的効力」と「一般的効力」が、別々のものとして議論されてきた。違憲判決の効力は、その事件に関してのみ及ぶとするのが「個別的効力」説であるが、しかし違憲判決は同時に国会や政府に対して拘束する「一般的効力」を有すると答弁したのは入江長官であったし、判決の直接の「効力」とは別に、実質的に改正草案94条〔最高法規性〕を媒介として判決には「一般的効力」が認められるとしたのは木村司法大臣の発言であった。それゆえ、違憲判決は「個別的効力」と「一般的効力」を合わせ持つことになる。

次に違憲判決を「個別的効力」と「一般的効力」とに分けて考えることができるのは最高裁判所の判決だけである。この点は、裁判所法制定過程において明確にされた。当初は、最高裁判所に違憲審査の集中を図ったのであるが、これはGHQの反対で実現しなかった。しかし、一方でGHQ民政局課長オプラーは、最高裁判所の違憲判決には「個別的効力」とは別の効力があることを示唆していた。実際に、これまでの法令に関する最高裁判所の違憲判決は、「個別的効力」だけではなく、いわゆる「一般的効力」も有するものであったと解することができる。

このように最高裁判所の判決には2つの側面が認められるからこそ、当時の日本政府は、違憲審査を最高裁判所に集中させようとしたのではなかろうか。つまり、最高裁判所は憲法裁判所的な側面を有しており、その違憲判決には最高法規性条項(草案94条)を介して「一般的効力」も認められることから、違憲審査を最高裁判所に集中させようとしたのではないか。もし下級裁判所の違憲判決と同じように、最高裁判所の違憲判決も、当事者を拘束する「個別的効力」しか有しないとすれば、わざわざ最高裁判所へ違憲審査を集中する必要はない。

さらにいえば、最高裁判所の判決には事実上の「一般的効力」があり、最高裁判所には憲法秩序維持のための憲法裁判所的側面があるからこそ、「傍論」の中で「念のため」というように、事件解決とは関係のない憲法判断を行うことも認められると考えることはできないであろうか。

しかし、このような最高裁判所集中型の違憲審査制そのものはGHQの反対にあい、実現には至らなかった。ただ、現在でも一部にその痕跡がみられる。例えば、前述の刑事訴訟規則 254 条や民事訴訟法 324 条、327 条など<sup>61</sup>がこれである。実際に、砂川事件<sup>62</sup>では、第 1 審裁判所である東京地方裁判所が、安保条約が憲法 9 条に違反するとの判決を下したことに對して、検察は第 2 審である高等裁判所を飛ばして、直接、最高裁判所に憲法問題を持ち込む跳躍上告を行った。東京都公安条例判決<sup>63</sup>においても、東京高等裁判所は刑事訴訟規則 247 条に基づいて、自ら審理せずに、事件を最高裁判所へ移送した。これは、高等裁判所が憲法判断を最高裁判所に求めた結果と解することができる。これらはあくまで例外的なものであって、純粋な集中型とはいえないが、最高裁判所に違憲審査を集中させようする意図は伺える。そして、集中型違憲審査制は裁判所法上、その明文上根拠を失ってしまったが、なおその一部が現行の刑事・民事訴訟法における特別手続という形で残っていると見える<sup>64</sup>。

さらに、最高裁判所の判決のもつ「一般的効力」も、当初は裁判所法案において条文の中に存在していた。したがって「一般的効力」は法的なものであり、そこから生じる義務も法的義務とされていたことになる。結局、この条文そのものは削除されてしまったが、しかしこれまでの議論を振り返ると、この「一般的効力」は事実上憲法の最高法規性条項を媒介として導き出されている。ということは、これを現行の日本国憲法下でも、憲法 98 条を介して、最高裁判所の判決の中に事実上の「一般的効力」を見て取ることができるのではなかろうか。実際に、これまで出された違憲判決と、その後の行政府や立法府の行動をみると、最高裁判所の判決には「一般的効力」があると見ることも可能ではなかろうか。ただし、この「一般的効力」は法律等を廃止するのではなく、あくまで行政府に対して判決の趣旨にのっとり改廃手続を義務付ける程度のものである。

---

<sup>61</sup> そのほかに刑事訴訟法では 406 条の「移送」、同法 433 条の「特別抗告」、民事訴訟法では 336 条の「特別抗告」が挙げられる。

<sup>62</sup> 最大判昭和 34 年 12 月 16 日刑集 13 卷 13 号 3225 頁。

<sup>63</sup> 最大判昭和 35 年 7 月 20 日刑集 14 卷 9 号 1243 頁。

<sup>64</sup> 最大判昭和 23 年 7 月 7 日刑集 2 卷 7 号 802 頁。この判決の中で最高裁判所は、「憲法制定の際の第 81 条原案によれば、第 1 項においては『最高裁判所は、終審裁判所である』と規定し、第 2 項においては『最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する』と規定してあつたのを、衆議院において修正し第 2 項の末尾に第 1 項を合体せしめ、現行第 81 条が制定せられた。かくて最高裁判所は、違憲審査については、常に最終審として関与する趣旨が一層明確に認められたのである。すなわち、最高裁判所の憲法上における事物の管理権が宣明せられ、憲法裁判所である性格が確立せられたのである。これは、憲法上における不動の原理であると言わなければならない。」と述べている。このようにどのようなことをもって最高裁判所は自身を「憲法裁判所」としているのかは定かではないが、少なくとも純粋な付随的審査制であるとはしていない。

このように、わが国の違憲審査制は付随的審査制を前提とするものではあるが、現行の刑事・民事訴訟法における特別手続きや最高裁判所判決の有する「一般的効力」から見て、純粹な非集中型の付随的審査制と断定してしまふことはできないと思われる。むしろわが国の最高裁判所は、憲法秩序の保障を目的とする集中型の憲法裁判所的な側面をも一部有する、独自の裁判所ということではできないであろうか。まさに、わが国の憲法秩序の保障を担う機関としてふさわしいといえる。

## 第2節 上告制度と憲法秩序の保障

### 1 はじめに

わが国の裁判制度は三審制を採用しており、上告審は原則として最高裁判所が担うことになっている。しかし、実際には上告する際に様々な条件が課され、上告が限定されている(刑事訴訟法 405 条、民事訴訟法 312 条)。それが刑事訴訟法、民事訴訟法に規定されている上告理由であり、また「特別上告」(民訴法 327 条)や「跳躍上告」(刑訴法 406 条、刑事訴訟規則 254 条、255 条)などの例外的な制度である。つまり、上告理由という条件に該当しない事件に関しては、原則として上告を認めないことになっている。しかし、事件の中には上告理由に該当しなくても重要な法令問題を含んだ事件も存在する。そこで、上告理由に該当しない場合は、裁量上告制度(民訴法)が導入され、最高裁判所の裁量で上告を受理するかどうか決めることができる。また刑事訴訟法においても上告受理制度があり、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、判決確定前に、上告審として裁量的に事件を受理できる<sup>65</sup>。これは上告審としての最高裁判所の本来の裁判権を損なわないために、真に最高裁判所で審理が必要な事件、例えば違憲審査を伴う事件を選ぶために、上告を制限するものである。

上告は憲法違反や憲法解釈に誤りがあるなどの「上告理由」、重要な法令問題を含んだ事件を裁量によって選んで上告を認める「裁量上告」と「特別上告」「跳躍上告」などの「例外上告」の3つに分けることができる。しかし、上告審では「上告理由に当たらない」として上告が棄却されることがほとんどである。そこで、上告受理の申し立てができる。民事訴訟の場合、上告理由に該当しなくても法令の解釈に関する重要事項を含むかどうか、裁量に

---

<sup>65</sup> 古江頼隆「刑事訴訟における「上告受理」制度」東京大学法科大学院ローレビューVol.2(平成19年)144頁。

よって判断し、含む場合は上告を受理することができ、上告があったものとみなす。そのため、すべての事件が最高裁判所で裁判を受けられるわけではない。裁量上告により上告理由に該当しない重要法令問題を含んだ事件にも上告の途が確保されたが、しかし裁量上告でも上告が受理されなければ門前払いとなり、訴訟が終結してしまうという恐れが出てくる。つまり、当事者が上告審での裁判を受けたくても受けられないという問題が生じてくる。

そこで、裁判を受ける権利とわが国の訴訟制度、特に上告制度との関係を検討し、上告制度や上告制限がどのような趣旨で設けられたのかを分析することによって、憲法保障機関としての最高裁判所の役割を明らかにする。

## 2 上告審の性質

### (1) 審級制度における上告審

現在、わが国では三審制を採用しているが、審級制度を具体的にどのように定めるかは、憲法 81 条が違憲審査の終審を最高裁判所にすると定めていること以外、憲法には何ら規定が存在しない。このことに関して、最高裁判所は家屋収去・土地明渡請求についての事件<sup>66</sup>において、「最高裁判所の裁判権については、違憲審査を必要とする事件が終審としてその事物管理に属すべきことは憲法上要請されているところであるが（憲法 81 条）、その他の事件の審級制度については法律の定めるところに委されていると解すべきである」と判示した。これは、違憲審査を伴う事件の最終的な管轄権が憲法上最高裁判所に属する以上、三審制においても最高裁判所で最終的に憲法判断を受けられるようにしなければならないということを示すものである<sup>67</sup>。つまり最高裁判所は事件解決を行う通常裁判所という性質を持ち合わせているだけではなく、わが国の憲法秩序を保障するために違憲審査の最終審という役割が与えられている。したがって審級制度は、まずこの憲法 81 条に基づく最高裁判所の役割を実現させなければならない。そして、そのために定められるのが憲法解釈など憲法に関することなどに上告理由を限定する上告制度であり、さらに「特別上告」などの例外的な制度である。このように憲法秩序の保障という憲法の主旨を実現するために、訴訟法によって違憲審査の最終判断を最高裁判所に集中させている。さらに詳しいことは後述するが、そのほかの審級制度に関して最高裁判所が違憲審査の管轄を有すること以外は、立法裁量の問題とされる。つまり、三審制は憲法によって保障されているわけではなく、わが国

---

<sup>66</sup> 最大判昭和 29 年 10 月 13 日民集 8 卷 10 号 1846 頁。

<sup>67</sup> このことに関しては、昭和 23 年の強盗事件（最大判昭和 23 年 3 月 10 日刑集 2 卷 3 号 175 頁。）や物価統制令違反事件（最大判昭和 23 年 7 月 19 日刑集 2 卷 6 号 922 頁。）などでも同様に、最高裁判所は憲法上、違憲審査を伴う事件の事物管轄を有する終審裁判所であることを明確に述べている。

の三審制は法律によって採用されているものである。

わが国の審級構造は、民事訴訟法と刑事訴訟法では異なるものとなっている。民事訴訟では、第1審と第2審（控訴審）が事実審とされ、第3審（上告審）が法律審とされる。まず、第1審は事実審とされるため、実質的には事件そのものを審判する審級となる。さらに第2審も事実審とされるため、いわば第1審の判断の当否を行うところであり、事実について審理を改めて行うことになる。したがって、第1審から第2審にかけての上訴は反復審理を前提とするので、上訴理由は特に必要としない。しかし、第3審は事後審となるため、今まで行ってきた裁判そのものを審査することになる。つまり判決の瑕疵の主張が必要となってくる。さらに、第3審は第三者的な立場から、今までの裁判の当否を審査するので、事実については判断せずに、そこで適用される法律について審理し、また裁判が適正な手続きで行われたかについて審理するので、続審とはならない。そのため控訴とは違い上訴の意味が異なるために、理由を必要とする。すなわち、一定の条件が必要となるため、上訴を制限することも可能となる。逆に言えば、一定の条件を具備した事件でないと上告できないといえる。そこで、民事訴訟法は上告理由を憲法解釈の誤りや憲法違反（民訴法312条1項）と裁判そのものの瑕疵（同条312条2項、絶対上告理由）をまず上告理由とし、重要な法令違反や判例違反に関する事件は裁量によって上告（民訴法318条）を決めるために上告が制限されている。

刑事訴訟では原則として事実認定などを行う事実審は第1審で終了し、第2審と第3審は原則として事後審＝法律審となる<sup>68</sup>。刑事訴訟における上訴の構造は民事訴訟とは違い、法律審が二つ存在するという独自の審級制度となっている<sup>69</sup>。なぜ、そもそもこのような独自の制度となっているのか。刑事訴訟では上告審は最高裁判所が必ず担うことになっているが、最高裁判所は憲法裁判所的な存在（＝違憲審査の最終審）となっている<sup>70</sup>。そのために、従来いわれている上告審機能は控訴審（第2審）が担うことになった。したがって、第3審は2回目の事後審となるため、法律審として行う法令問題や量刑不当などは控訴審（第2審）で、すでに審査しているので上告審で繰り返し審査する必要がなくなったのである<sup>71</sup>。

---

<sup>68</sup> 最小判昭和35年12月8日刑集14巻13号181頁、最小判昭和41年1月28日判時434号2頁。第2審は「事実誤認」や「量刑不当」のような事実問題を審理する場合に事実審となる。また第3審は職権で事実問題を判断することもできる。

<sup>69</sup> 田宮裕「上告理由」日本刑法学会編『刑事訴訟法講義3巻 裁判・上訴』（有斐閣、昭和46年）110～111頁。

<sup>70</sup> 松尾浩也監修、松木時夫、土本武司「条解刑事訴訟法第3版増補版」（弘文堂、平成15年）897頁。田宮、前掲書91頁。

<sup>71</sup> しかし、一方で控訴審は事後審であるにもかかわらず、事実誤認という事実問題を控訴理由に挙げている。本来控訴審は事実審になるので事実問題を取り上げるのは当然である。なぜならば、刑事事件で最も重要な事実認定については第1審で終了してしまうことになるからである。したがって、事後審であるにもかかわらず控訴審（第2審）は事実問題を控訴理由として認めたといえるであろう。

そのため、最高裁判所は憲法問題や判例変更といった憲法裁判所的な役割、憲法秩序の保障を担うことができるようになったといえるであろう。

さらに、戦前は事実審であった控訴審は、戦後のすぐの刑訴法改正で事後審となった経緯を考えると、事後審になったとはいえ、やはり事実審としての痕跡があるとみることができる。例えば、戦前の控訴裁判所は、最高裁判所と違い支部まで含めれば全国にかなりの数が存在し、これを構成する裁判官もむしろ事実審の裁判官に近いものであったので、事件の事実審査も相当程度できるようになっていた。そのため控訴理由として、事実誤認などが正面から登場することになったとも言われている<sup>72</sup>。

以上のように、上告審は他の審級とは異なった性質を有している。それを示すのが、憲法 81 条によって与えられた役割であり、また法律審としての役割である。これは単に原審の事実認定が誤っているというだけでは、上告の理由にならないことを意味する。三審目としての上告審は単なる事実を争って事件を解決させるための存在ではないといえる。審級制度の中で上告審は特別な存在といえるであろう。そして憲法上の管轄の実現と法律審としての上告審の役割を果たすために、機能しているのが上告理由である。

## (2) 上告審としての管轄と上告制度

上告審は、事実審ではなく法律審となるので、上訴に理由を必要とする。つまり他の審級と異なる性格を有する。では、わが国の場合このような上告審は、そもそもどのような管轄を有しているのか。原則として、上告審を担っているのは最高裁判所である。このため、上告審は最高裁判所の役割や機能を捉えることで、その管轄が見えてくる。

前述のように、最高裁判所は憲法 81 条により違憲審査の終審裁判所の地位を与えられている。憲法 81 条は、一般的に違憲審査権について定めた条文であるといわれているが、一方で最高裁判所の管轄について規定した条文であり、日本国憲法が唯一審級制度の内容に関して言及している条文である。このことについて日本国憲法制定過程では、81 条について違憲審査の最終審であり、違憲審査を伴う事件の管轄を最高裁判所が有する旨を規定した条文であるとする趣旨の発言や記述がみられる。例えば、枢密院での審議に備えるために法制局によって作成された「想定問答」においては、「違憲問題の判断については、最高裁判所はもとより下級裁判所も、これを為し得ると解するが、下級裁判所が判断した問題については、最終的には最高裁判所が決定権を有する。」<sup>73</sup>とされ、また枢密院での松本内務大臣の発言でも「(憲法改正草案第 77 条) 第 1 項と第 2 項との関係は別であり、第 1 項は最高裁判所は終審裁判所である。第 2 項は法律等が違憲か否かを決定するのは最高裁判所専属の管轄を保有することを定め、下級裁判所においても違憲か否かを判定し得る場合には結

---

<sup>72</sup> 田宮、前掲書 91～92 頁。

<sup>73</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第 1 分冊および第 6 分冊の合本)』(司法研修所、平成 9 年) 305 頁以下参照。

局上訴される最高裁判所においても決定される。」<sup>74</sup>と発言している。憲法制定過程の段階で、すでに最高裁判所が上告審として違憲審査の管轄を有することが決められていたとみることができるのではなかろうか。

このように、そもそも憲法 81 条は単なる違憲審査権について定めただけでなく、その成り立ちからみると、同時に最高裁判所が上告審を担う場合は、まず第一に違憲審査を行わせるということが明らかであろう。つまり、憲法 81 条は最高裁判所の管轄を規定している。さらに、戸松教授は憲法 81 条により、上告審において憲法上の争点が含まれていることは、裁判権行使のための要素となっており、上級審に進むにつれ、憲法訴訟に応じた制度が用意されているとしている<sup>75</sup>。それが、上告理由であり、また特別な訴訟制度であるといえよう。さらに各訴訟法は最高裁判所の違憲審査の管轄を着実に実現するために例外上告も設けていると解することができる。

上告は憲法違反や憲法解釈に誤りがあるなどの「上告理由」に該当する場合、また憲法 81 条の実現のために設けられた例外上告、そして上告理由に該当しないが重要な法令問題を含む事件に対して上告の途を開いた裁量上告の三種類ある。民事訴訟法では、「最高裁判所への上告にあたっては、憲法違反または絶対上告理由を主張しなければ上告権が基礎付けられない」<sup>76</sup>とされている。つまり上告はまず「憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があること」(312 条 1 項)とされ、さらに「裁判手続き上の問題」とされるのが絶対上告理由(312 条 2 項)である<sup>77</sup>。

他方、刑事訴訟法では上告審の意義について「上告も上訴の一種である以上、当事者に具体的救済を目的とするものであるが、最高裁判所は憲法 81 条により違憲審査権という重要な任務を与えられ、また、全国唯一の裁判所として法令解釈を図る重要な使命も有する」<sup>78</sup>とし、上告理由を「憲法違反があること又は憲法の解釈に誤りがあること」(405 条 1 号)、「最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと」(2 号)、「最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと」(3 号)とし、「憲法違反」と「判例違反」に限定している。

さらにわが国の訴訟法では、最高裁判所の憲法上の管轄を実現するための制度がいくつ存在する。それが例外的な訴訟制度である。例えば、三審制とはいえとりわけ民事訴訟の場合は、裁判所が 4 段階に分かれており、上告審が必ずしも最高裁判所になるとは限らな

---

<sup>74</sup> 村川一郎『帝国憲法改正案議事録』(国書刊行会、昭和 61 年)141 頁。

<sup>75</sup> 戸松、前掲書 34～40 頁。

<sup>76</sup> 鈴木正裕、松浦馨、中野貞一郎編『新民事訴訟法講義 第 2 版補訂 2 版』(有斐閣大学双書、平成 20 年) 617 頁。

<sup>77</sup> 鈴木・松浦・中野、前掲書 612～622 頁。

<sup>78</sup> 松尾・松木・土本、前掲書 897 頁。

い場合がある。しかし、憲法上違憲審査を伴う事件は最高裁判所が管轄を有するとされる以上、高等裁判所が違憲審査を伴う事件の終審となってしまい、このままでは憲法 81 条違反となってしまふ。そこでこれを解決するのが訴訟制度の例外である。民事訴訟法 327 条で「特別上告」が規定され、上告審が高等裁判所つまり下級裁判所の場合、判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法違反があるとき、4 審目として最高裁判所にさらに上告できるというものである。高等裁判所が上告審として判決をすれば、その判決は直ちに確定するので、通常の上訴申し立ては認められないことから、憲法問題について判断する必要がある事件については最高裁判所への特別上告が認められる<sup>79</sup>。そして抗告においても通常上訴は認められないが、しかし憲法解釈の誤りその他憲法違反を理由とするときに、最高裁判所に特別に抗告できるとする「特別抗告」も規定されている。

また刑事訴訟法上でも「特別抗告」といった民事訴訟法と同様に、最高裁判所への最終判断の途を確保するための例外的な制度を設けている。さらに「跳躍上告」が挙げられる。これは第 1 審が憲法違反と判断した場合、第 2 審を飛ばして、直接最高裁判所に上告するものである。これらの制度は、最高裁判所へ上訴するときにしか認められていない。つまり、上告審の管轄というのは、第一に違憲審査であることを示す制度でもある。戸松教授が指摘しているように、これらの制度は憲法訴訟に応じたものといえる。両訴訟法では上訴ではないが、憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤りがある場合、控訴裁判所は事件を審理せずに最高裁判所へ事件を持ち込む「移送」制度がある。これらの制度は最高裁判所に違憲審査を集中させるものであり、まさに集中型違憲審査制である。これこそ、付随的審査制ながらも集中型を部分的に導入しているものであり、わが国の独自性といえるであろう。

また、最高裁判所は違憲審査の最終審としてだけではなく、わが国唯一の最高司法機関であるため、法令解釈などを統一する機能も有している。つまり、これによって最高裁判所による憲法秩序の保障が担保される。民事訴訟法 318 条 1 項では「原判決に最高裁判所の判例と相反する判断ある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むもの」と規定し、刑事訴訟法 406 条では「最高裁判所は、…法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件については、…自ら上告審としてその事件を受審することができる」と規定する。このような裁量上告制度は最高裁判所の法令解釈統一といった法令問題に対処する機能を実現させるものであり、また憲法によって定められた裁判権を侵害しない制度ともいえる。

以上のように、最高裁判所は単なる事件解決の三審目ではなく、違憲審査を行う最終審としての憲法裁判機関であり、法令解釈・判例を統一する機能を有する裁判所である。したがって、適法な上告としての上告理由で真っ先にあげられているのが憲法違反などの憲法問題となる。そのため審級制度を構築する場合、上告を制限する制度(裁量上告制度)もある。

---

<sup>79</sup> 賀集唱・松本博之・加藤新太郎編「別冊法学セミナー基本法コンメンタール 民事訴訟法 3 第 3 版」(日本論評社、平成 20 年) 94 頁。

### 3 訴訟法における上告制限

#### (1) 上告制限について

上告は、単なる 3 審目への不服申立をする制度でなく、たとえ不服であっても上告は限定され、上告理由に該当しない場合は制限されている。また、上告審は事後審（法律審）であるために、上告に際して一定の条件を課され、制約される。これはすべての事件に上告を認め、審理を行うことになると最高裁判所の負担は過重となり、本来の最高裁判所の任務、すなわち裁判権行使に支障が出てしまう恐れがあるからである。さらにいえば日本国憲法が定めた最高裁判所の裁判権を侵害することにもなりかねない。

しかし、それだけではなく一定の条件のもと、法令解釈などの重要事項を含んだ事件に関しても上告の途を開いている。それが最高裁判所で上告を受理するかどうか決めることができる裁量上告という。刑事訴訟法の「裁量上告制度」や、民事訴訟法の「上告受理申立制度」がそれである。これらは、上告の受理を最高裁判所の裁量をもって決める制度であり、最高裁判所の負担を軽減することを目的とし、さらに最上級裁判所としての最高裁判所の機能の充実という観点から最高裁判所判例と異なる原審判決や、重要な法令解釈を含む事件へ限定するためのものである<sup>80</sup>。いわゆる上告制限と呼ばれるものである。このようなことからして、上告は控訴と違い単なる不服申立てではなく、様々な条件が必要であり、上告されたすべての事件の中から審理が必要となるものだけが選ばれるということとなる。

#### (2) 刑事訴訟法における上告制限

刑事訴訟法における上告制限は、「裁量上告制度」と呼ばれ、刑事訴訟法 406 条に基づき刑事訴訟規則 257 条で定められている。同規則 257 条は「その事件が法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認めるときは、上訴権者は、…最高裁判所に上告審として事件を受理すべきことを申し立てることができる。」と規定され、その申し立てに対して最高裁判所は、裁量によって事件の上告を受理する決定を下すというものである。前述のように、日本国憲法によって、違憲審査の最終判断者と定められ、憲法違反などの憲法問題解決を第一任務とし、また審級制度における最上級裁判所であるので判例統一という観点から判例違反が上告理由として認められることになった<sup>81</sup>。しかし、最上級裁判所として判例違反だけでなく、未だ判例が確立されていない新しい判断の基準を示す場合も必ず生じてくる。判例を確立するには、新たな法令問題を含む事件が発生する必要がある。そのため何千件と上告される事件の中から、法令違背に判例を確立するだけの重要な事項が含まれると判断された

---

<sup>80</sup> 石川明「新民事訴訟法における最高裁判所に対する裁量上告制の内容と問題点」『判例タイムズ 910 号』（判例タイムズ 910 号、平成 8 年）4 頁。

<sup>81</sup> 宮城啓子『裁量上告と最高裁判所の役割』（千倉書房、平成 10 年）113 頁。

場合は、上告が認められるようにしたのである。さらに見方を変えれば、具体的な事件について正しい裁判を確保する最後の砦としての最高裁判所を実現させるために、裁量上告制度が導入されたともいえる<sup>82</sup>。

また、もともと戦前の刑事訴訟法では控訴審は覆審であり、控訴申し立て理由の制限が非常に緩かったのに対して、大審院は唯一の事後審であり法律審であったため、上告理由には重大な手続違反、著しい量刑不当、重大な事実誤認などとともに、法令違背が一般的に認められていた<sup>83</sup>。しかし、現行刑事訴訟法では、控訴審が事後審となり、法律審となったため、最高裁判所は2回目の法律審となった。前述のように、わが国の刑事訴訟における審級制度は、法律審を二度重ねるという独自の制度となっている。このため上告審は2回目の法律審ということから、量刑不当や事実誤認などを上告理由から外することができる。さらに最高裁判所の違憲審査における終審裁判所という役割を重視して、上告は憲法問題解決を第一とし、最上級裁判所としての法令の解釈統一などの役割を考慮して、第二に判例違反が上告理由とした<sup>84</sup>。これにより、上告審が2回目の事後審となることで、上告理由に大幅な制限を課すことが可能となった<sup>85</sup>。

### (3) 民事訴訟法における上告制限

民事訴訟法では、平成8年に改正が行われ、これにより上告理由に大幅な変更が行われた。民事訴訟法における上告は、刑事訴訟法とは違い、最近まで法令解釈などの法令問題を、上告理由として認めていた。平成8年改正以前は、上告理由は①憲法問題、②手続き上の問題、③判例・法令問題となっていた。この時点では、刑事訴訟法よりも上告理由が緩いとみることができる。しかし、最高裁判所の憲法上の管轄である違憲審査の終審としての役割に支障が出ないように、事件の負担を軽減する必要がある。そのため憲法問題や法令解釈適用・判例統一という最高裁判所の裁判権行使のために力を注ぐことを理由に、法令問題は上告理由から外され、裁量によって上告を決めることになったといえる。裁量にすることで、最高裁判所は違憲審査の終審（集中型違憲審査制）として、違憲審査や法令の解釈に関する重要な事項を含んだ事件のみ審理することが可能となったといえるだろう。

民事訴訟法ではこの裁量上告を「上告受理申立制度」と呼び、前述のように318条1項において規定されている。この制度について、新堂教授は法令の解釈適用に関する判断を全国的に統一するため、「政策論として、上告裁判所をできるだけ少なくし、できれば唯一の最高裁判所が取り扱うようにすることが望ましいし、また無闇に多数の事件のために上告

---

<sup>82</sup> 宮城、前掲書115頁。田宮、前掲書111頁。

<sup>83</sup> 宮城、前掲書113頁。

<sup>84</sup> 田宮、前掲書111頁。

<sup>85</sup> 宮城、前掲書113頁。

裁判所の負担が過大にならないように上告理由の制約等を配慮する必要がある<sup>86</sup>とし、上告制度の機能とその正当性について指摘している。

しかし、裁量上告制度を導入する改正に対して批判があった。例えば、石川教授は民事訴訟法の上告受理制度について「民事裁判はそもそも三審制によるべきであって、上告制限された事件が実質上二審制になってしまうということは本来好ましいことはない」とし、「裁判は慎重を期すべきで、正しい裁判の保障こそが裁判を受ける権利の保障に繋がる<sup>87</sup>」と批判している。また日弁連は、平成8年の民事訴訟法の改正に反対の態度をとってきた。その理由が、①上告事件が多いことについては、なぜそうなるのかに関する問題点の分析と解決のための改革は必要であり、その努力をせずに上告制限という方法で事件負担の軽減を図ることは、当事者救済の道を狭くするもので正当ではない。②最高裁判所裁判官の負担の軽減は、機構改革や裁判官の増員等により対処すべき。③法令違反についての上告理由を認めないことになると上告審の当事者救済機能が減殺される<sup>88</sup>等であった。当事者からみると、今回の改正で「法令違背」が上告理由から削除されたことで、上告の申立は旧民訴法に比べて厳しいものになり、上告は狭き門となったといえるであろう。

このように民事訴訟法においても、改正により上告が限定されたことで基本的に最高裁判所への上告申立は厳しく制限している。奈良教授は、「法令の解釈・適用に関する最高裁による重要な法的判断の統一ないし見解の明示する機会が厳しく制限され、狭められ、その結果、最高裁による重要な法的判断の統一的機能は大きく減少し、法的紛争解決への関与機能を大きく低減させ、…最高裁による実質的審理関与の拒絶に近い<sup>89</sup>」と指摘し、これを避けるために「重要な法的問題についての最高裁による直接的な判断（裁判）権を確保するために、新たに別個の『上告受理申立制度』を設け、…最高裁判所による直接の裁判権を確保し、法的問題についての判断統一を図る意味でも、最高裁判所による最終的な上告審としての機能を確保・保持し、最高裁判所の裁判の実効性を及ぼし得るようにし、結果的に、最高裁の民事上告制度を、基本的に従来からの上告申立制度と、新たな上告受理制度の二つに分け<sup>90</sup>」としている。このように、民事訴訟法の場合は改正により法令違背が上告理由から外されたことは、最高裁判所の審理関与拒否と捉えられる恐れがあるとして、それを回避するために法令違背や判例違反などを理由とした上告受理申立制度（裁量上告）を導入したとみることができる。上告が憲法問題と手続き上の問題のみ認められたというだけでは、本来

---

<sup>86</sup> 新堂幸司『新民事訴訟法 第4版』（弘文堂、平成20年）861頁。

<sup>87</sup> 石川、前掲書9頁。

<sup>88</sup> 日弁連民事訴訟法改正問題委員会『（別冊 NBL42号）改正のポイント新民事訴訟法』（商事法務、平成9年）162頁。

<sup>89</sup> 奈良次郎「最高裁に対する上告申立と上告受理申立に関する若干の考察」『現代社会における民事手続法の展開 上巻』（商事法務、平成14年）612頁。

<sup>90</sup> 奈良・前掲書612頁。

の司法制度のあるべき姿とはいえない。これに対して、上告受理申立制度を導入することで、その欠点を補い司法機関として機能させ、司法制度のあるべき姿にすることこそがねらいであるといえるのではないだろうか。

また、刑事訴訟法でもみたように、そもそも最高裁判所は憲法により違憲審査の管轄が与えられている以上、まずは憲法問題解決を第一任務としている。そのため、最高裁判所が本来の裁判権行使を妨げないようにすることが必要である。しかし最高裁判所は判例統一・法令解釈の統一のため、わが国最上級裁判所として判断を下さなければならない。そこで、刑事訴訟と同様に重要な法令事項や判例に関する事件があった場合にのみ最高裁判所の決定で上告を認めるようにする。これにより、本来の裁判権を行使しつつ、最上級司法機関として判例統一や法令解釈統一にも裁判権を及ぼさせているとみることもできよう。

ただ一方で、訴訟当事者からみれば上告は狭き門となり、石川教授が指摘しているように、実質的に二審制となっているに等しく、訴訟提起の機会を奪いかねない事態を引き起こす可能性もあるといえる。つまり、当事者の裁判を受ける権利を侵害しかねないということである。では、裁判を受ける権利は本当に侵害されるのであろうか。確かに、近年いわれている、裁判制度の適正な整備も裁判を受ける権利から要請されているという主張に立てば、ひとえ憲法 81 条は最高裁判所に違憲審査の終審裁判所としての役割を与えているためであり、その具体的な内容に関しては立法政策とされているとしても、当事者の裁判の機会を奪うような審級制度であれば憲法 32 条違反ということになる。このような観点で立てば、上告制限は裁判を受ける権利を侵害しかねない。そこで、裁判を受ける権利とはそもそもどのような性格を有するものであり、適正なる裁判制度の具体的内容も求めることのできる権利であるのか、考察することにしよう。

#### 4 裁判を受ける権利と上告制度

##### (1) 裁判を受ける権利の性格

日本国憲法は、憲法 76 条 1 項、81 条をもって裁判所に違憲審査権を伴う司法権を付託するとともに、憲法 32 条において司法権と国民とを結びつけるものとして、すべての国民に裁判所の裁判を受ける権利を保障している<sup>91</sup>。裁判を受ける権利は、専断的な裁判に対して、人民の権利を擁護するために要求されるようになったものであり、公正な裁判を目指す近代司法制度の確立の要求と歩みをともししている。また、この権利は 1791 年のフランス憲法に起源を有し、広く近代ヨーロッパ諸国の憲法において認められてきた原則である。明治憲法も「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ハルコトナシ」と定め

---

<sup>91</sup> 兼子一、竹下守夫『裁判所法 第 4 版』（有斐閣、平成 11 年）145 頁。

ていた<sup>92</sup>。

裁判を受ける権利とは、すべての人が政治権力から独立した公平な裁判所に対して、憲法の保障する権利などを平等に享受できるように、司法権の発動を求める権利といわれている。日本国憲法が、人権などを司法権で救済するシステムを採用している以上、裁判を受ける権利はそれに応えるべく、救済を求めるときに裁判所に司法権を発動させる権利と解することができる。ということは、裁判を受ける権利と裁判所に司法権を付託することは表裏一体の関係にある。つまり、基本的人権の保障を裁判所の違憲審査を通じて確保する体制下では、裁判を受ける権利は「基本権を確保するための基本権」とされ<sup>93</sup>。ただ、裁判を受ける権利は他の権利とは違い、近代裁判制度や裁判官の存在を前提としている権利である。

裁判を受ける権利は、具体的に①憲法 37 条 1 項とともに、刑事裁判においては被告人が公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利とされ、②民事・行政事件については、各人が裁判所に訴えを提起する権利<sup>94</sup>とされている。①は刑事事件において裁判所の裁判によらなければ刑罰を科されないことが保障されていることをいい、これは自由権の一種であり、憲法 37 条において重ねて保障している。②は自己の権利又は利益が不法に侵害されたとき、裁判所に対して損害の救済を求める権利とされ、訴権または裁判請求権が保障されている<sup>95</sup>。つまり、裁判を受ける権利は近代裁判制度の存在を前提として、適法に裁判所へアクセスするための権利であり、また自由権的・受益権的側面を有する。また「裁判拒絶の禁止」を意味するものである<sup>96</sup>。

しかし、近年裁判を受ける権利は、前述の側面だけではなく裁判組織、構成などの一定の要求を含むものであるとする見解がみられる。浦部教授は「ただ単に裁判を求めることができるというに尽きるものではなく、公正な裁判のための、裁判所の構成や訴訟手続きに対する一定の要求を含むものとしてとらえられなければならない」<sup>97</sup>としている。また「国民の裁判の受ける権利に対応する国の義務を司法付与義務と呼ぶとすればこれには、3つの方向での義務が含まれる」として、I 裁判所の組織及び関連制度の整備、II 裁判手続の構成、III 裁判の付与が含まれるとする<sup>98</sup>。これを③司法付与義務という。I は裁判を受ける権利が国民の権利・自由を確保するために、憲法が裁判所に司法権を付与したとみると、国家がまず司法権の担い手である裁判所を組織し、さらに整備する義務を負う。II は裁判の効力により、

---

<sup>92</sup> 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I 第 4 版』（有斐閣、平成 19 年）520 頁。

<sup>93</sup> 芦部信喜編『憲法 III (2)』（有斐閣、昭和 56 年）275 頁。兼子、竹下・前掲書 146 頁。

<sup>94</sup> 野中・中村・高橋・高見、前掲書 521 頁。

<sup>95</sup> 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法 第 4 版』（岩波書店、平成 18 年）243～244 頁。

<sup>96</sup> 中野貞一郎「民事裁判と憲法」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟法①民事紛争と訴訟』（弘文堂、昭和 59 年）5 頁。

<sup>97</sup> 浦部、前掲註 312 頁。

<sup>98</sup> 兼子・竹下、前掲書 148～151 頁。

自己の権利などが侵害される恐れがある者が、事前に自己の事実上また法律上の意見を述べて、それに対する相手方の反論の機会を与えることを要求する審問請求権と、国家はすべての訴訟当事者（とりわけ刑事被告人）が適時に裁判が得られるように構成し、そして可及的に迅速に裁判が行われるように手続きを構成しなければならない<sup>99</sup>。Ⅲは民事事件、行政事件については、申立によって、裁判所の裁判を請求できるとする裁判請求権を指す。原告からの訴えの提起に応じて、国の機関として裁判所が裁判をなすように制度を整備する必要がある。ただし、司法権の発動を求める裁判を受ける権利は、司法権の範囲内の救済に限られる。司法権の限界を超えるような内容を含む事件は、訴えを却下する、つまり門前払いすることになるが、これは裁判を受ける権利の侵害とはならない。ただこのような事件であっても却下の判決をしなければならないのは、司法付与義務に由来するといわれている<sup>100</sup>。このように、③の観点から裁判を受ける権利からいわゆる適正な裁判制度を要求することができるといえる。

裁判を受ける権利が①②だけではなく、③の内容も包含するならば、司法権発動のためにわが国は最高裁判所を頂点とする裁判所組織を整備し、三審制という審級制度を定めたと解することができる。このような審級制度について石川教授は「憲法に上訴制度に関する明文規定を欠いたとしても、裁判を受ける権利の保障および法治国家理念という憲法上の権利および原理から見て、上訴制度、審級制の保障が憲法上の要請として存在するものと解すべきである」<sup>101</sup>としている。

他方、前述のように三審目への上訴、すなわち上告は厳しく制限され、さらに最高裁判所の裁量によって受理されない場合もあるが、このような観点からすれば、この上告制限が適正な裁判制度、上訴制度ではないということもできなくない。はたして、上告制限は裁判を受ける権利を侵害する可能性があるだろう。

## （２）裁判を受ける権利と上告制度

前述のように、裁判を受ける権利は公正な裁判を実現するために適正な裁判組織・裁判手続などの一定の要求を含むものとされている。このように考えるならば、審級制度の構築を要求することも裁判を受ける権利から導き出せることになろう。また審級制度が適正な裁判組織の要求と捉えるならば、上告制度もそこに含まれることになる。もし含まれるとする

---

<sup>99</sup> 兼子・竹下、前掲書 148 頁以下。

しかし、「適時」とはいえどの程度の迅速さを持って、適時とするのかは、個々の事件に事情に応じて異なるものである。同じような事件であっても、一様ではない。したがって、国は、迅速に裁判が行われるように、裁判手続きを構成しておいて、あとはそれぞれの事件の事情に応じて「適時」を判断するほかにない。

<sup>100</sup> 兼子、竹下・前掲書 151 頁。

<sup>101</sup> 石川明「審級制と裁判を受ける権利」『民事法の諸問題』（一粒社、昭和 62 年）428～429 頁。

ならば、上告に一定の条件が課され、裁量上告制度により上告が制限されている現在の制度は、このような要求にかなうものといえる。もしこれがかなわなければ、裁判を受ける権利を侵害し、憲法違反となるだろうか。

まず、審級制度をどのような内容にするかは、前述のように立法政策に委ねられている。これは判例、学説ともに主張しているところであり、通説的見解とみてよからう。判例では、昭和 23 年に最高裁判所が「憲法は審級制度を如何にすべきかに付ては第 81 条において『最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である』旨を定めて居る以外何等規定する處がないから此の點以外の審級制度は立法を以て適宜にこれを定むべきものである」<sup>102</sup>と述べている。これが審級制度、上告制度に関するリーディングケースとされている。また最近でも法令違反があることを理由として最高裁判所に上告することを許容しない民事訴訟法 312 条及び 318 条が憲法 32 条に反するとして争われた事件において、最高裁判所は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所であるから、憲法違反を理由として最高裁判所に上告をする途を確保することは憲法上の要請である。しかし、それ以外にいかなる事由を理由として最高裁判所に上告することができるかは、立法政策の問題であり、憲法上の要請ではない」<sup>103</sup>としている。最高裁判所は、この判決以外にも前述した家屋収去・土地明渡請求についての事件、仮差押・仮処分の上告を制限する旧民事訴訟法 393 条 3 項が憲法 32 条に違反しないとした事件<sup>104</sup>、上告理由を定める旧民事訴訟法 394 条の合憲性が争われた事件<sup>105</sup>などで、上告だけでなく審級制度の内容に関して立法政策であると繰り返し述べてきている<sup>106</sup>。

また学説も判例と同じ立場をとっており、最高裁判所を終審の裁判所とする憲法 81 条以外の審級に関しては法律に委ねられているとしている。例えば、団藤教授は前述の上告制度に関するリーディングケースとされる昭和 23 年の最高裁判所の大法廷判決について、憲法には、81 条以外に何も触れておらず、審級制度や国民が三度事実審査を受ける権利を保障した規定も存在しないことを理由として、刑訴応急措置法が上告理由から事実誤認や量刑不当を外したことは憲法に違反しないとしたのは正当であると評している<sup>107</sup>。また、中野教授も憲法 32 条はきわめて抽象的であり、その明確な輪郭を把握するのは難しいとしつつ、

---

<sup>102</sup> 最大判昭和 23 年 3 月 10 日刑集 2 卷 3 号 175 頁。

<sup>103</sup> 最小判平成 13 年 2 月 13 日判時 1745 号 94 頁。

<sup>104</sup> 最小判昭和 36 年 11 月 17 日民集 15 卷 10 号 2501 頁。

<sup>105</sup> 最大判昭和 25 年 9 月 18 日民集 4 卷 9 号 423 頁。

<sup>106</sup> 例えば、許可抗告制度を規定する民訴法 337 条は憲法 32 条に反しないとした事件（最三決平成 10 年 7 月 13 日）や少額訴訟制度における異議後の訴訟の判決に対し控訴をすることができないと規定する民訴法 380 条 1 項は憲法 32 条に反しない、等があげられる。

<sup>107</sup> 団藤重光・福田平「判例研究」2 卷 2 号（昭和 24 年）53 頁。

最高裁判所による裁判例が具体的にいくつかの特徴的な線を引き、それらを集積すると裁判を受ける権利像が見えてくるとした。そして、判例上形成された裁判を受ける権利のテーゼのうち裁判組織、権限、審級等については「すべて法律において諸般の事情を考慮して決定すべき立法政策の問題であって、憲法には81条をのぞき特にこれを制限する規定はない」<sup>108</sup>としている。このように、憲法上定められている審級制度は81条の違憲審査を伴う事件の最終審というだけで、三審制や上訴の要件などということは法律上の問題にすぎないというのが現在の通説である。したがって上告制限を行い、81条以外の審級は裁量とするとしても憲法上何ら問題はない。

しかし、裁判を受ける権利が一定の裁判制度を要求するという立場からは、上訴制度・審級制度の保障が憲法上の要請として存在するという見解も見られる。渋谷教授は、裁判を受ける権利が「私人に裁判所への実効的なアクセスを保障していると解すれば、審級制度のあり方も、果たしてそのような保障を十分になしえているかという見地から検証されねばならない」とし、憲法問題以外に「最高裁判所に審理を求める可能性を一切認めないような制度はこの権利を侵害することになろう」としている。さらに、上告制限に関しても「裁量行使の方向いかんによっては今後適用違憲・運用違憲の問題を生起する可能性もはらんでいる」<sup>109</sup>とし、81条以外は上告を裁量とするとしても憲法上何等問題ないとする通説・判例とは異なる見解を示している。

石川教授は、通説・判例のように審級制度は立法政策の問題としつつも、裁判を受ける権利は原則として事実審、法律審を含む「近代的法治国家における裁判制度」を当然前提としており、事件の正しい解決には審級制度が必要であるとし、憲法76条1項は、少なくとも最高裁判所と法律が定める下級裁判所と2つの種類の裁判所を定めているということは、何審制するかは別にしても憲法が審級制度を前提にしていることを意味すると指摘している<sup>110</sup>。さらに、上告制限に関しては、裁判所の負担軽減と迅速な裁判の要請を考慮して認められるとしたが、前述のように裁判を受ける権利の保障の観点から、審級制度を設けることは憲法上の要請であるとしている以上、法律でもって上訴を制限することは、合理的範囲内でなければならず、この範囲を超えた上告制限は憲法32条違反となる<sup>111</sup>、という。石川教授は、「上訴制限を設ける場合にも、われわれは上訴制度が憲法上の要請であることを前提にして、その例外的制度を設けるものであるという認識に立って、問題を検討する」<sup>112</sup>こ

---

<sup>108</sup> 中野、前掲書7頁。佐藤幸治『憲法 第3版』（青林書院、平成14年）310頁～311頁。笹田栄司『裁判制度』（信山社、平成9年）103頁以下。

<sup>109</sup> 渋谷秀樹「最高裁判所への上告制限—審級制度と裁判の受ける権利—」『法学教室189号』（有斐閣、平成8年）43頁。石川明、小島武司編『新民事訴訟法〔補訂版〕』（青林書院、平成9年）371頁。

<sup>110</sup> 石川、前掲書428頁以下。

<sup>111</sup> 兼子・竹下・前掲書148頁。笹田、前掲書107頁。

<sup>112</sup> 石川・前掲書431～432頁。

とが望ましいといわれている。したがって、裁判を受ける権利は審級制度を要請するものである以上、上訴を制限することは合理的範囲でないと、要請に反するものであり、裁判を受ける権利を侵害するということになる。

### (3) 裁判を受ける権利の射程

裁判を受ける権利は、憲法 37 条 1 項とともに、刑事裁判においては被告人が公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利とされ、民事・行政事件については、各人が裁判所に訴えを提起する権利とされている。さらに、裁判を受ける権利は裁判制度ないし裁判組織を要請するものでもあるという。この点を重視すれば、石川教授や渋谷教授が主張するように審級制度の具体的内容までもが裁判を受ける権利の保障内、すなわち射程範囲ということになる。

しかし、裁判の受ける権利は果たしてそこまでの射程を有するものであろうか。確かに、裁判を受ける権利は裁判制度を前提としたものであるが、前述のようにあくまで裁判所へのアクセスを妨害されないことを保障する権利であって、さらに最高裁判所まで裁判を受けることを保障した権利とはいえない。つまり、団藤教授が指摘しているように三回事実審査を受けることを保障したものではないともいえる。あくまで適正な裁判制度の構築は要求できるといえるが、どのような内容の裁判制度にするかという具体的な内容を裁判を受ける権利から求めることは厳しいのではないだろうか。

したがって、通説のいうように、たとえ上告が制限されたとしてもそれはあくまで立法政策の問題であって、ただちに裁判を受ける権利を侵害するとはいえないと考える。日本国憲法が審級制度に求めていることは、憲法 81 条による違憲審査事件の管轄だけである。これさえ満たしていれば、少なくとも憲法違反の裁判組織であるということとはできない。たとえ、三審制でなくても、裁判を受ける権利の侵害にはならない。この点、最高裁判所も具体的に何審制にすべきかに関して次のように述べている。事件は独禁法に関わるものだが、独禁法違反の事件については第 1 審の裁判権は東京高等裁判所が有するとされている。そこで、これは二審制であり、三審制を前提とした裁判を受ける権利を侵害しているとして上告されたものである。判決の中で、最高裁判所は「裁判権及び審級制度については、憲法 81 条の要請を満たす限り、憲法は法律の適当に定めるところに一任したものと解すべしことは、当裁判所の判例の繰り返し判示するところである。もつとも右各判例も裁判権及び審級制度に関する定めにつき、立法機関の恣意を許す趣旨ではなく、ある種の事件について他と異なる特別の審級制度を定めるには、それなりに合理的な理由の必要とされることを当然の前提としていると解すべきであるが、独禁法 89 条から 91 条まで罪については、これらの対象とする行為がわが国の経済の基本に関する極めて重要なものであつて、これに対する判断が区々に別れその法的決着が遅延することは好ましくないこと等の特殊な事情があることなどに照らすと、独禁法が、右各罪に係る訴訟につき、その第 1 審の裁判権を東京高等裁判所に専属させ裁判官 5 名をもつて構成する合議体により審理させることとして、審級制

度上の特例を認めたことには、それなりに合理性がないとはいえない。」<sup>113</sup>と判示している。何審制にするかは立法政策とし、現在立法機関の裁量によって三審制が採用されており、これと異なる審級を定める場合は合理的理由があれば、三審制である必要がないということがわかる。つまり、三審制は憲法上の要請でもなく、絶対的でもない。あくまで法律上の原則であるので、例外も存在し、合理性が必あれば認められるというだけである。したがって、三審制でなくても、裁判を受ける権利の侵害にはならない。

それでは、現行制度において憲法違反とされる裁判組織は、どのようなものか。これについて最高裁判所は「上告に際し、人種、信条、性別、社会的身分又は門地の如何を問わず、何人に対しても等しく適用されるものである」<sup>114</sup>かどうかが問われている。法の下での平等を犯すような上告制度の構築は憲法違反となり、許されないことになる。

以上のように、審級制度などの裁判組織を構築する際は憲法 81 条を満たしている限り、どのような内容になるかは立法政策の問題であり、憲法上の問題とはなり得ない。したがって、上告制度に制限を設けたとしてもそれは裁判を受ける権利の問題ではなく、憲法 31 条や 37 条 1 項との関連で議論すべきではないだろうか。

ただし、立法政策とはいえ、立法機関の恣意を許したのではなく、法の下での平等に反している制度や、いわゆる裁判拒否のような裁判所へのアクセスを拒絶するような制度は、裁判を受ける権利を侵害することになる。

さらに、裁判を受ける権利は、審級制度の具体的内容に関して保障は及ばないとはいえ、適正な裁判制度を前提としている権利である。それゆえ、現行の裁判の過程において、恣意的に裁判を妨害されるような場合も裁判を受ける権利を侵害しているといえる。例えば、近年話題となっている「ねじれ判決」である。これは、原告敗訴の判決において下級裁判所が主文と直接関係のない「傍論」の中で、違憲判断を下すものである。これにより、裁判に勝訴した当事者としては上訴して、憲法問題を争うことができなくなり、終審裁判所である最高裁判所による違憲審査権の行使が妨げられてしまう。本来であれば、違憲判断を得られれば原告は勝訴していいはずであり、これに被告が上訴できるというのが憲法 81 条に基づく審級制度である。したがって、もし裁判官が恣意的に被告の上訴を封じ込めるためにこのような手法を活用したのであれば、「ねじれ判決」によって裁判に勝訴した被告の憲法問題についての反論の機会は奪われることになる。つまり、憲法 81 条より与えられた最高裁判所の管轄権を奪うもので、これは適正な裁判制度と言うにはほど遠いといえる。ねじれ判決は本来予定されていた上訴構造をねじ曲げられてしまうものであり、被告の裁判を受ける権利を侵害しているものといえよう。

このように考えると、裁判を受ける権利はあくまで裁判所へのアクセスを保障するものであり、そのアクセスを妨害するような手続や判決方法の場合は 32 条違反といえよう。

---

<sup>113</sup> 最小判昭和 59 年 2 月 24 日刑集 38 卷 4 号 1287 頁。

<sup>114</sup> 最大判昭和 24 年 3 月 23 日刑集 3 卷 3 号 369 頁。

## 5 おわりに

以上のように、上告制度は最高裁判所が憲法 81 条で与えられた違憲審査権を行使し、憲法秩序を保障するための役割と機能を実現させる不可欠の制度と言っても過言ではない。上告に際して一定の条件が課されるのは、違憲審査の終審としての役割、さらに特別上告や跳躍上告、移送制度といった形で憲法判断を最高裁判所に集中させるためである。わが国は付随的審査制ながらも違憲審査を最高裁判所に集中させている。そのため、過重な負担となってしまう、本来の最高司法機関としての役割を果たすことが困難となってしまうこともある。その意味で、裁量上告制度は憲法裁判機関としての最高裁判所の役割と法律審としての最高裁判所の役割をバランスよく果たさせるための制度といえるのではなかろうか。他方、例外上告である特別上告、跳躍上告や移送制度はまさに最高裁判所の終審の違憲審査機関としての役割を重視するものであり、最高裁判所に違憲審査を集中させよう（集中型の採用）とする意図もある。憲法判断を最高裁判所に集中させることで速やかに憲法判断することができ、「憲法の番人」としての役割をより果たすことができる。それ故、上告制度によって、最高裁判所はまさに憲法秩序の保障を担う機関たりうるといえる。

## 第2章 違憲審査制の機能

### 第1節 憲法裁判機関としての最高裁判所について

#### —ドイツ連邦憲法裁判所との比較において—

##### はじめに

わが国の最高裁判所は、司法裁判所であると同時に憲法81条によって違憲審査権を与えられた終審の裁判所である。つまり、憲法に関する裁判について最終判断を行う、一種の憲法裁判機関でもある。本節では、最高裁判所の「憲法裁判機関」としての役割を、憲法秩序の保障の第一義とするドイツの憲法裁判所と比較することによって、その異同と特徴を明らかにしたい。

まず、わが国最高裁判所は最高司法機関であり、その違憲審査は、具体的事件に付随して行うものであるから、判決の効力もその事件の範囲内にのみ及ぶ（個別的効力説）。これが従来のわが国における違憲審査の通説的見解である<sup>115</sup>。しかし、佐藤幸治教授は、違憲審査は純粋な「付随的審査」ではなく、具体的事件を契機に「憲法裁判」を行う特殊な機能があるとしている<sup>116</sup>。また榎原教授も違憲審査権を従来の司法権概念<sup>117</sup>にとらわれることなく認識し、その上で、違憲審査の性格は「抽象的・独立審査」であり、そしてその判決の効力は一般的効力であるとしている<sup>118</sup>。これらは最高裁判所に憲法裁判所のような存在、すなわち憲法裁判機能が備わっていることを示しているといえるであろう。

このように、わが国における違憲審査制に関しては様々に再検討が試みられている。これは、憲法81条が様々に解釈を許容するものであり、従来の通説では説明し切れないことを示しているといえるだろう。そこで、本節もわが国の違憲審査について、最高裁判所の「憲法裁判機関」、つまり憲法保障機関としての役割という観点から検討を加える。

まず、憲法裁判機能とはどのようなものか。この点についてドイツの憲法裁判所とわが国の最高裁判所を比較し、現在の最高裁判所がもつとされる憲法裁判機能について考えてみ

---

<sup>115</sup> 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法 第四版』（岩波書店、平成19年）372～373頁。

<sup>116</sup> 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、昭和63年）218～219頁。

<sup>117</sup> すなわち司法権とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによってそれを裁定する国家作用のことである。（芦部、前掲書307頁）

<sup>118</sup> 榎原猛「違憲審査制の再検討」大石義雄先生喜寿記念『日本国憲法の再検討』（嵯峨野書院、昭和55年）547頁。

たい。ドイツの憲法裁判所とわが国の最高裁判所とは根本的に異なるが、しかし同じく「憲法の番人」とされており、違憲審査機能において差は基本的に異ならないはずである。そこでさらに、憲法裁判機関としての地位と判決の効力の関係について両者の異同を明らかにすることとする。

## 2 憲法裁判機能と連邦憲法裁判所

### (1) 憲法裁判機能

通常、憲法裁判機能とは、憲法裁判機関による憲法秩序維持を目的とした機能をいう。また一般的に憲法裁判を行う機関は違憲審査権について憲法上明文を持って与えられているか、または憲法より解釈上導き出されるものである。このような機能を有する裁判所は大きく分けて二つの類型に分かれている。1つは具体的事件を扱い、訴訟を解決する通常裁判所が有する「非集中型審査制」と、もう1つが通常裁判所の系列から独立している「集中型審査制」である。前者は、すべての裁判所に違憲審査権が与えられ、具体的事件を解決するために必要な場合に限って違憲審査を行う。後者は、独立した憲法裁判所に違憲審査権が与えられ、具体的事件が提起されなくても直接憲法裁判を行うことができる。ただし、具体的事件の中で違憲審査が必要となった場合は、通常裁判所が憲法問題のみを憲法裁判所に移す制度も存在する。このように、憲法裁判機能は類型に応じてその内容も異なってくる。一般的に憲法裁判機能という場合は、と後者を指すことが多い。そこで、まず後者の代表的な例として、ドイツ連邦憲法裁判所についてみていくことにする。

連邦憲法裁判所は、ドイツ基本法上、最高国家機関に位置づけられている。その任務は国家のすべての行為について基本法の規定に適合するものであるか否かを審査することである。またどのような任務内容を持つかは、基本法上に明記されている<sup>119</sup>。そして、法律の審査に関しては具体的な紛争を前提とせず、連邦政府、州政府や連邦議会議員の三分の一以上の提訴によって、直接連邦憲法裁判所に訴えることができる（基本法 93 条 1 項 2 号、同項 2a 号）。これが抽象的規範統制 (abstrakte Normenkontrolle) といわれる。またその他の裁判所が具体的紛争に関する裁判において適用法規の基本法適合性について疑義をもつときは、手続きを中断して連邦憲法裁判所の判断を求めなければならない（基本法 100 条 1 項）。これが具体的規範統制 (konkrete Normenkontrolle) である。ここで重要なのは、これら諸任務は通常の訴訟を扱う裁判所から独立した一つの機関、すなわち憲法裁判所が独占して行っている点にある。

さらに、K.Hesse によるとドイツの憲法裁判所は、権力の均衡の一端を担っているとして

---

<sup>119</sup> Hans Peter Marutschke 著、村上淳一訳『ドイツ法入門 (第 6 版)』(有斐閣、平成 17 年) 46 頁以下。

いる。つまり憲法裁判所の裁判権は「法の維持の任務とともに包括的な権利保障または統制機能が与えられる。」<sup>120</sup>とし、さらに連邦邦憲法裁判所の任務は、「国家権力の統制と全く同様に憲法の具体化とさらに発展させ続けることの任務を含んでいる」<sup>121</sup>という機能を有しているといわれている。

このように、ドイツの憲法裁判所は議会・政府・裁判所という国家権力を担う機関とは別に、第四の権力を担っている機関であるとされる。つまり、連邦憲法裁判所は憲法秩序を維持するため、行政及び立法に介入し、関与する役割を担う国家機関である。

## (2) 連邦憲法裁判所の役割

このようなドイツ連邦憲法裁判所について、F.Ossenbühlは連邦憲法裁判所と立法者との関係を「緊張関係」にあるとした上で、5つの役割を示している<sup>122</sup>。それは、I立法者の提案者また立法を動かす者としての連邦憲法裁判所、II立法への命令者としての連邦憲法裁判所、III立法者の代わりとしてまた独断的な立法者としての連邦憲法裁判所、IV立法者の監督者としての連邦憲法裁判所、V単一法秩序の信頼すべき解釈者としての連邦憲法裁判所、という役割である。

Iは立法者への提案者として現れ、必要となれば立法を動かす者として現れる。これは、立法者が立法行為を怠っている場合や、立法の不作为の場合のことであり、単なる提案や示唆から、義務付けや期間設定を命じるいわゆる警告判決までを指す<sup>123</sup>。

例えば、1969年の非嫡出子の相続に関する決定<sup>124</sup>がそれであるが、基本法6条5項は非嫡出子に関して嫡出子との等価値性を保持しており、それを実現するよう立法者に指示しており、これが実現されたのが1969年に制定された婚外子法であった。しかしこれは基本法が制定されて20年経過後のことであった。この法律の実現に決定的な役割を果たしたのが、この判決である。この中で、連邦憲法裁判所は「立法者が基本法6条5項において憲法から与えられた、市民の権利の領域での非嫡出子の改革に関する指示を現在の連邦議会の会期の終わりまでに満たさなければ、憲法の意味はできる限り司法によって実現させなければならない」とし、もし立法府がそれまでの間に立法できないのであれば、「憲法命令は妨げになる通常法律に対して一部停止的効力を及ぼす」と判示した。つまり、連邦憲法裁判所は立法者に対して形成の自由または裁量権を尊重しながらも、改正に向けて努力するように「合理的期間」を設定して、立法者の形成の自由に時間的な限界を課し、非嫡出子の改革を迫ったのである。

---

<sup>120</sup> Konrad.Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl.(C.F.Müller,1999)S.234ff.

<sup>121</sup> Konrad.Hesse, a.a.O., S.240.

<sup>122</sup> Fritz Ossenbühl, "Verfassung und gesetzgebung" (2002) S.77ff

<sup>123</sup> Fritz Ossenbühl, a.a.O., S.77.

<sup>124</sup> BverGE25,167

連邦憲法裁判所の決定に対応して、法律が制定された。このように連邦憲法裁判所は、立法の形成の自由または裁量権をまず尊重し、その上で立法に対して提言し、または期限を設定して立法を動かす役割を果たしていることがわかる。すなわちこの場合は国家権力の一端を担う機関として、権力分立の枠の中において、他の機関の領域を侵害することなく、憲法の具体化と秩序維持に寄与している。

II は、連邦憲法裁判所が立法者の活動について提案または働きかけることに限定するのではなく、立法者に詳細な「基準」を与え、そしてそれをもって連邦憲法裁判所は指導的な立法者として振る舞う場合である<sup>125</sup>。このような役割が指摘される判例として、1993年の第2次墮胎判決<sup>126</sup>と財産税に関する決定<sup>127</sup>があげられる。

第2次墮胎判決は、1992年の妊婦および家族扶助法による刑法の墮胎罪等の規定の改正に対して、バイエルン州政府および連邦議会議員が提起した抽象的規範統制に関するものである。この中で、連邦憲法裁判所は過小保護の禁止の根拠に基づいて詳細な指針を国家の保護構想の形態に対して、とりわけ勧告という形で行った<sup>128</sup>。そして、4つの点を「基準」として示したのであった<sup>129</sup>。この判決において、連邦憲法裁判所は墮胎罪の適用や墮胎に関する「基準」を立法者に示し、その内容に沿って立法者が動くように迫ったのであった。

財産税に関する決定においては、連邦憲法裁判所は財産税法10条1号が、1964年および74年以降の価格変動に相応した評価をしていない統一価格に拘束された不動産所有と現在の価格で把握される財産に同一の税率を適用している限り、基本法3条1項に適合しないと判示した。そしてその判決理由の中で、連邦憲法裁判所は財産税の詳細についても検討し、財産税の性格を期待収益税とした上で、税負担の憲法上の上限が財産収益の約50%である、と具体的な数値を出して判示したのである。

以上2つの判決から見られるように、連邦憲法裁判所は立法者に対して、細かく分類したり、または具体的な数字を出すなどして、違憲となる基準を詳細に示している。これにより連邦憲法裁判所は不明確な状況を取り除き、明確な状況を作り出した<sup>130</sup>。まさに、連邦

---

<sup>125</sup> Fritz Ossenbühl, a.a.O., S.79.

<sup>126</sup> BverfGE88,203.

<sup>127</sup> BverfGE93,121.

<sup>128</sup> Fritz Ossenbühl, a.a.O., S.79.

<sup>129</sup> ここで出てきた墮胎に関する「基準」は、①中絶は全期間において原則として違法とみなされ、法的に禁止される。女性の基本権は、例外的事情が存在する場合に妊娠継続義務の例外を承認する。②妊娠継続義務の例外は立法者が定める事項であるが、立法者は相互に衝突する法益（女性の基本権と胎児の権利）の比例的調整が不可能であることを考慮しなければならない。③中絶の例外として許されるのは、妊婦の生命・健康に対する重大な侵害の危険だけではない。その判断基準は要求可能性である。④刑法は侵害的性質がもっとも強いために、最終手段であり、比例原則に服する。しかし、生命保護は国家の基本任務であるために、刑法の投入や刑法の保護作用の任意の判断は過小保護禁止に違反する。（参照・ドイツ憲法判例研究会編『ドイツ憲法判例II（第2版）』（信山社、平成18年）61頁。）

<sup>130</sup> Fritz Ossenbühl, a.a.O., S.80.

憲法裁判所は立法に対して指導的な立法者としての役割を果たしているといえるであろう。

IIIは連邦憲法裁判所が警告や基準に限定するのではなく、自らを立法者に指名し、立法者の権限を奪い、そしてそれをもって「自己の介入権」として実行する。すなわち立法者の怠慢の際、また他に手段がない場合は、第三の権力（司法権）は代理として消極的立法者の地位につき、また場合によってはいわば憲法命令を代理として行う方法に転換する。それは、連邦憲法裁判所は過渡的な方法として、立法者によって新しい条文ができるまで有効な執行命令を出すことがある<sup>131</sup>。

例えばスパイ決定<sup>132</sup>があげられる。これは旧東ドイツの国家公安省、軍の諜報部員と旧東ドイツに協力をしていた旧西ドイツのスパイの刑法上の訴追に関係するものである。ドイツ統一に伴って、旧西ドイツのスパイについては旧東ドイツ刑法による処罰の可能性がなくなったが、旧東ドイツの国家公安省、軍の諜報部員について何ら法的状況は変わらなかった。そこで、旧東ドイツの国家公安省、軍の諜報部員に対して特赦を認めるかどうかを連邦議会は統一条約の審議の過程から統一後も検討してきた。しかし、結局立法者は特赦を否定したのであるが、連邦憲法裁判所はこの裁判の中でこの特赦を事実上容認し、機能させたのである。つまり、立法者が否定した特赦を連邦憲法裁判所が覆して、その代わりを果たしたのである。このような執行命令は、法律に代わり連邦憲法裁判所の緊急命令として批判的に呼ばれている<sup>133</sup>。連邦憲法裁判所は、自ら執行命令のような判決を出して、立法者に変貌することもあるといえるだろう。

IVは連邦憲法裁判所が立法者を監督するものとし、よく認知される役割である。まず法律の審査は、合憲・違憲の二者択一で行われる。とはいえ、このような判決から導き出される法的結論はその上で、周知のように細かく分けられる<sup>134</sup>。つまり、二者択一といえども同じ合憲・違憲の判断という結論の中で、ケースによって違ったものとなり細分化されということである。とりわけ、合憲判決の場合、細分化されることで、細かいことを示し、常に立法者を監督する役割を担っているといえるであろう。

Vは、単一法秩序の信頼すべき解釈者としての役割である。単一の法秩序の解釈への介入は、連邦憲法裁判所によって作り出されたいわゆる合憲解釈という手段とともに、価値決定の原則規範としての基本権に対する影響力を手に入れる<sup>135</sup>。つまり、合憲解釈が、連邦憲法裁判所にある通常法律の内容をある程度の意義内容を定めることを可能にしたものといえるであろう。法律を基本法の光の中で考察し、また基本法の放射線を長く十分に影響を及

---

<sup>131</sup> Fritz Ossenbühl, a.a.O.S.82, BVerfGE92,277.

<sup>132</sup> BVerfGE92,277.

<sup>133</sup> Fritz Ossenbühl, a.a.O.S.82.「この決定は、形成的な立法と統制的な司法の境界線を越えるものとなっている」と三名の裁判官の反対意見がある（参照・ドイツ憲法判例研究会編、前掲書 337 頁）。

<sup>134</sup> Fritz Ossenbühl, a.a.O.S.83.

<sup>135</sup> Fritz Ossenbühl, a.a.O.S.83.

ばす場合、合憲解釈は初めていわゆる法律の不備を埋めるためのものとなるといえる<sup>136</sup>。このように連邦憲法裁判所は「憲法の番人」として憲法解釈の統一という観点からも、信頼すべき解釈者ということになる。

以上見てきたように、憲法裁判機能を有する憲法裁判機関であるドイツ連邦憲法裁判所は立法者に対して五つの役割を果たしている。しかし、このような機能はドイツ連邦憲法裁判所のような集中型だけが有するのであろうか、非集中型の場合も同じ意味を持つのではないであろうか。そこで、非集中型としてわが国の違憲審査制度を概観し、上記の5つの点の憲法裁判機能について検討したい。

### 3 憲法裁判機関としての最高裁判所

#### (1) 違憲審査制の成立過程

日本国憲法 81 条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定している。これは、わが国の最高裁判所が違憲審査の最終審であることを示すものであるが、問題は、前章で見たドイツの連邦憲法裁判所のような憲法裁判機能が認められるかどうかである。

わが国はドイツの違憲審査制度とは違い、具体的事件に付随して、事件の範囲内で違憲審査を行うものとされている。この点に関しては、最高裁判所自身も「我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する懷疑論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行ない得るものではない」<sup>137</sup>と判示して、抽象的審査権を否定し、付随的審査制であることを認めており、またそれが通説的見解となっている。したがって、独立・抽象的審査を行うドイツの連邦憲法裁判所とわが国の最高裁判所は根本的に異なる機関であるが、具体的事件を前提とした場合は最高裁判所も憲法秩序を維持するための機能、すなわち憲法裁判機能を有する。つまり、違憲審査制の成立過程からすると、最高裁判所をドイツ型の具体的規範統制に類似した憲法裁判機関にしようとしていたことがわかる。そこで改めて、成立過程を概観してみる。

わが国が初めて違憲審査制を採用したのは、日本国憲法である。ちなみに、大日本帝国憲法下での大審院は純粋な司法機関として機能し、法律に関する審査権は形式的審査のみ認めていた<sup>138</sup>。そして、日本国憲法において、初めてわが国に違憲審査制度が導入された。この憲法制定過程を見ていくと、すでにマッカーサー草案の段階で付随的審査制であるこ

---

<sup>136</sup> Fritz Ossenbühl, a.a.O.S.84.

<sup>137</sup> 最大判昭和 27 年 10 月 8 日刑集 6 卷 9 号 783 頁。

<sup>138</sup> 大審院判決録刑事之部第 19 輯 790 頁大正 2 年 7 月 11 日宣告。

とが確定していることが分かるが、他方でわが国はドイツ連邦憲法裁判所に類似した憲法裁判機関を目指していたことがわかる。

例えば、枢密院での議論において入江法制局長官は「私は、憲法裁判所というものは、いわゆる司法裁判所ではない第4権的なものでしょうけれども、最高裁判所の司法裁判所という本質をそのままにしておいて、これに若干憲法裁判所的性格を与えるという程度のこととは、憲法81条に反するというわけでもない」<sup>139</sup>と述べており、具体的事件を前提とする付随的審査制をとりつつも、最高裁判所は憲法裁判所のような憲法裁判機関であるとし、その機能のある程度発揮することまで想定していた。入江長官は、違憲審査に伴う判決について「その効果の及ぶのは具体的案件についてのみであるが、その場合はただちに政府がその法令の改廃の手続をとる義務があると思う。」<sup>140</sup>とし、政府に対して当該法令の改廃義務を負わせていた。これは最高裁判所の判決が政府に対して拘束力をもつ、すなわち「一般的効力」を有することであり、そうならば最高裁判所が憲法秩序維持を担う憲法裁判機関ということになる。

そもそも、憲法裁判所は独立した、憲法問題を専門的に審査する機関を指す。つまり、法律などの合憲性を具体的事件と関係なく直接審査し、あるいは具体的事件を前提とする場合は、憲法判断の部分だけを切り離して集中的に審査する裁判所である。そして、この憲法裁判所の判決には「一般的効力」があるとされる。入江長官の発言は、このような審査権を最高裁判所に全面的に与えるというのではなく、「若干」与えても憲法81条には反しないとするものである。つまり入江長官は、最高裁判所が司法裁判所であって独立して憲法判断を行う機関ではないこと、したがって抽象的な審査を行うわけではないが、その判決には「一般的効力」が認められるからこそ、「若干」という表現を用いたのではないかと思われる。

また第1章でも見た枢密院本会議での潮恵之輔顧問官の報告でも「すべての司法権は最高裁判所及び法律に定めるところにより設置する下級裁判所に属するものとし、特別裁判所の設置は認めない。しかして最高裁判所に憲法裁判所の機能を併存させ、一切の法令又は処分が憲法に適合するかしないかの裁判をできるもの」<sup>141</sup>と述べているように、最高裁判所

---

<sup>139</sup> 入江俊郎「違憲審査権について」『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題』（第一法規出版、昭和51年）642頁。

また入江長官は、このことについて後に、法令を違憲であるとする裁判が確定した場合の判決の効力に関して「私は、現行の八十一条の解釈としては、…個別的、相対的な無効ということにとどまらると思うのでありますが、しかし、立法論として考えると、一体、最高裁判所において、広く一般に適用される法令が、訴訟としては個別的、相対的事件について提起されたものであつたとしても、これが無効であると最高裁判所が最終的に判断したものである以上は、一般的、対世的に無効としてもいいのではないかと思う。」（642～644頁）と述べ、最高裁判所はある程度の憲法裁判所機能を備えているとした。

<sup>140</sup> 佐藤達夫著、佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第2巻』（有斐閣、平成6年）428頁。

<sup>141</sup> 村川・前掲書183頁。

に憲法裁判機能を持たせようとする発言がある。

さらに、松本内閣大臣によれば「法律等が違憲か否かを決定するのは最高裁判所専属の管轄を有する」とした上で、「事件を離れて判定するのは果たして司法権の作用に含まれるのかは疑いはあるが、結局事件に関連してこれを決定することが必要である。」<sup>142</sup>と述べており、付随的審査制である以上、最高裁判所は「事件を離れて」違憲審査を行う集中型、抽象的審査制は否定した。しかし、「事件に関連して」違憲審査を行い、憲法判断を下すことは認められるとした。この発言を踏まえて考えれば、最高裁判所は具体的事件に限定して憲法判断を行う機関にとどまらず、広く「事件に関連して」憲法の最高法規性の維持に努めるための憲法裁判機関であるとみることができなくない。そして最高裁判所に違憲審査の専属管轄を認めている以上、やはり最高裁判所は違憲審査の最終審として常に関与すべきということになる。そのような機関であることについて、木村司法大臣は「下級裁判所に於きまして法律を適用する場合に、憲法に違反すべきやの疑いが生じた場合には、その裁判所は、その問題を切り離して最高裁判所にその審査決定を求めると云うことに相成るか存ずるのであります」としており、日本側は当初から憲法・裁判所法制定過程を通して、最高裁判所への違憲審査の集中を目指していたことがわかる<sup>143</sup>。

そして、憲法制定と同時に行われた裁判所法制定過程においては、当初、条文上に「最高裁判所への違憲審査の集中」とそれにともなう最高裁判所の違憲判決に「一般的効力」が規定されていた<sup>144</sup>。つまり、最高裁判所は最高司法機関であると同時に、連邦憲法裁判所のような独立・集中型の憲法裁判機関とされていた<sup>145</sup>。

しかし、GHQとの議論の中で、「独立・集中型審査制」の条文は削除されてしまう。ただし、違憲審査の集中に関してGHQ 民政局課長オプラーは「下級裁判所の違憲判決によって政府は何ら拘束されない。その判決はその事件についてのみの判断である」としつつも、最高裁判所の違憲判決は「(違憲判決のときは) どうしてもその法律を変更しなければならない」<sup>146</sup>とした。つまり、一方で下級裁判所に違憲審査権を認め、そこでの違憲判決は事件の範囲内で効力が及ぶ個別的効力にすぎないとしたが、他方で最高裁判所での違憲判決は事件解決のための個別的効力だけでなく、憲法秩序維持のための「一般的効力」を有するとしたと見ることができよう<sup>147</sup>。ということは、最高裁判所は下級裁判所とその目的が異なるため違憲判決の意味も異なり、最高裁判所の違憲判決は明らかに憲法秩序を維持すると

---

<sup>142</sup> 村川、前掲書 183 頁。

<sup>143</sup> 清水伸『逐条日本国憲法審議録第 3 卷』（有斐閣、昭和 37 年）573 頁。

<sup>144</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第 3 分冊）』（司法研修所、平成 9 年）149 頁～151 頁。

<sup>145</sup> 結局、これらの条文は削除されて帝国議会の審議にかけられ、そのまま裁判所法として成立した。つまり、付随的審査制のままで最高裁判所に違憲審査を集中させるという構図は消え去ってしまったのである。

<sup>146</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第 1 分冊）』（司法研修所、平成 9 年）539 頁。

<sup>147</sup> 拙稿「現行憲法下の違憲審査制とその特殊性—違憲審査制の性格についての再考—」『日本大学大学院法学研究年報 37 号』（平成 19 年）169 頁～171 頁。

いう目的を有していることが分かる。さらに、それを裏付けるように松本内閣府大臣は、枢密院での審議の中で違憲審査を伴う事件は最高裁判所が専属の管轄を有する<sup>148</sup>と発言している。したがって、成立過程から見ると、わが国の最高裁判所は最終審として違憲審査の専属の管轄を有している点において、司法機関というだけではなく、憲法裁判機関の役割を担っているといえよう。

## (2) 最高裁判所の実態

現在、わが国の最高裁判所は通常の司法裁判所制度の頂点に立つ最高機関である一方で、最高裁判所への上告理由やさまざまな例外的制度を見ていくと、違憲審査を伴う事件は必ず最高裁判所で終局しなければならないものとなっていることから、憲法秩序維持のため、憲法判断の最終審であることが分かる<sup>149</sup>。

わが国の訴訟制度は、原則として三審制となっているが、上告理由そのものが憲法違反、憲法解釈の誤りの場合に限定されており、そのほかの場合は厳しく上告が制限されている。また例外的制度としては、高等裁判所が上告審の場合、憲法違反や憲法解釈の誤りがある場合に第4審として最高裁判所に上告できる「特別上告」(民訴327条)や、上告審が高等裁判所の場合、憲法違反や憲法解釈の誤りがあるときに高等裁判所は事件を審理しないで、そのまま最高裁判所へ事件を移す「移送」(民訴324条)、さらに通常は上訴が認められない抗告であるが憲法違反や憲法解釈の誤りがあるときは最高裁判所に上訴できるとする「特別抗告」(民訴336条、刑訴433条)もある。また刑事事件においても第一審が憲法違反と判断した場合、第二審を飛ばして直接最高裁判所へ上告できる「跳躍上告」(刑訴法規則254・255条)がある。これらは最高裁判所を常に違憲審査の伴う事件の最終審とするための制度に他ならず、これによって最高裁判所には憲法裁判機関としての側面が認められることになる。実際に、砂川事件<sup>150</sup>では、第一審裁判所である東京地方裁判所が、安保条約が憲法9条に違反するとの判決を下したことに對して、検察は第2審である高等裁判所を飛ばして、直接、最高裁判所に上告した。さらに東京都公安条例判決<sup>151</sup>においても、東京高等裁判所は刑事訴訟規則247条に基づいて、自ら審理せずに、事件を最高裁判所へ移送した。これは、高等裁判所が憲法判断を最高裁判所に求めた結果と解することができる。

---

<sup>148</sup> さらにこの点に関して、後に最高裁判所自ら認めている。例えば、最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁(警察予備隊違憲訴訟)、最大判昭和29年10月13日民集8巻10号1864頁、などの判例上で、違憲審査を伴う事件の管轄を有するとした。

<sup>149</sup> 最大判昭和29年10月13日民集8巻10号1864頁、最大判昭和23年7月7日刑集2巻7号801頁。これらの判決の中で違憲審査を伴う事件は三審制において、最高裁判所で最終的に憲法判断を受けられるようにしなければならないとし、また常に最終審として最高裁判所が違憲審査に関与することは憲法上における不動の原理であると述べている。

<sup>150</sup> 最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁。

<sup>151</sup> 最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁。

さらに言えば、最高裁判所が独立して法令の審査を行うことはないが、少なくとも「移送」や「跳躍上告」などは最高裁判所に違憲審査を集中させようとする意図も伺え、その意味において集中型の憲法裁判所的側面をも有するとみることができない。つまり、集中型の違憲審査制に関しては GHQ の反対で実現されなかったが、その痕跡として例外的に集中型の審査も残っているのではなかろうか。したがって、現にこのような制度が存在する以上、わが国の違憲審査制は単なる具体的事件に付随して行われる違憲審査だけではなく、きわめて限られたものではあるが一種の集中型違憲審査制と見ることができる。また具体的事件の解決を目的とする下級裁判所の判決と違い、最高裁判所の判決は事実上「一般的効力」を有しており、憲法秩序維持の保障をも目的とする。これはまさに最高裁判所がわが国の憲法裁判機関であることを示すものであろう。

次に最高裁判所は、①刑法の尊属殺重罰規定<sup>152</sup>、②薬事法の距離制限規定<sup>153</sup>、③公職選挙法の議員定数配分規定<sup>154</sup>、④森林法の共有林分割制限規定<sup>155</sup>、⑤郵便法賠償制限規定<sup>156</sup>に関して、違憲判決を下した。そして最高裁判所裁判事務処理規則 14 条は「裁判をしたときは、その要旨を官報に公告し、且つその裁判書の正本を内閣に送付する。その裁判が、法律が憲法に適合しないと判断したものであるときは、その裁判書の正本国会にも送付する」と定めており、①～⑤の判決後、その裁判書は内閣、国会に送付された。簡単に①～⑤までの違憲判決の対応について見ていく。

①は違憲判決後の対応は、次のようになった。国会においては、裁判書送付を受け各議院の法務委員会で議論がなされたものの、問題となった刑法 200 条を廃止するための刑法改正まで至らなかった。判決から 22 年後の平成 7 年の刑法改正の際に 200 条は削除された。これに対して、行政府は比較的速やかに対応した。違憲判決を受けて、最高検察庁は判決以後の尊属殺人の事案については刑法 200 条を適用せず、普通殺人に関する刑法 199 条を適用すべき旨を書く検察庁に指示した。また、裁判中の事案についても 199 条に変更する措置をとった。したがって、判決後の対応を見ると、200 条は形式的には残っていても中身はすでに死んでいる状態（死文化）であり、判決により行政府の行動を拘束した事実上「一般的効力」を及ぼす内容となったと説明することができるのではなかろうか<sup>157</sup>。

②、④、⑤の判決に関する対応は同じであった。それぞれ判決後 1 ヶ月前後で、判決の趣旨に添って法改正が行われた。また、それぞれ判決後に改正案が国会に提出された際の提案

---

<sup>152</sup> 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 24 卷 3 号 265 頁。

<sup>153</sup> 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁。

<sup>154</sup> 最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁。最大判昭和 58 年 11 月 7 日民集 37 卷 9 号 1243 頁。最大判昭和 60 年 7 月 17 日民集 39 卷 5 号 1100 頁。最大判平成 11 年 11 月 10 日民集 53 卷 8 号 1441 頁。

<sup>155</sup> 最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁。

<sup>156</sup> 最大判平成 14 年 9 月 11 日民集 56 卷 7 号 1439 頁。

<sup>157</sup> 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣、平成 7 年）420 頁以下。

理由には「憲法違反であるとの最高裁判所判決があったことにかんがみ」<sup>158</sup>と明記され、改正する必要が最高裁判所の違憲判決にあることを強調している。つまり、違憲判決によって改正へと動き出した立法の対応を見ると、最高裁判所の違憲判決には事実上「一般的効力」が備わっていると見ることができよう。

③については判決後の措置は行われなかった。しかし、この判決に先立ち国会において議員定数配分規定の改正がなされたので、国会はこの判決の趣旨を先取りして措置を講じたということになるのではなかろうか。

以上の対応を見ていくと、制定過程や運用の実態で明らかになったとおり、最高裁判所で行われた違憲審査は付随的審査でありながら、当該事件の範囲での憲法判断にとどまらず、当該事件を契機として一般的な憲法判断にまで及んでいる。他方、付随的審査おける判決の効力が個別的なものであれば、当事者のみを拘束するはずである。しかし、立法府と行政府の判決の対応を見ると、判決における憲法判断には事実上の拘束力が広く及んでいるといえるのではなかろうか。つまり、わが国の最高裁判所での違憲審査は付随的審査でありながら、その判決は訴訟当事者に対する効力だけでなく、行政・立法の行動も拘束する「一般的効力」を有するといえるであろう。したがって、違憲判決に基づく法改正の義務は憲法 98 条を介して、立法府や行政府にも当然求められることになる。とはいえ、その義務は事実上の義務にとどまる。

### (3) 憲法裁判機関としての役割

前述のように憲法裁判的機能とは、国家のすべての行為について憲法の規定に適合するものであるか否かを審査する機能である。また、その機能をもつ機関は、立法・行政に対して介入・関与する国家権力の 1 つを担い、三権とは別に第四の権力として機能する。このような機能を最高裁判所は持ち合わせているだろうか。そこで、先に紹介した F.Ossenbühl の 5 つの役割と比較しながら、判例を用いてわが国の最高裁判所の機能を見ていくことにする。

まず、I 立法者（国会）の提案者または動かす者としての役割であるが、最高裁判所は限定的にしか担うことはできないと思われる。その理由として非嫡出子の相続に関する決定の場合、議会が 20 年以上法律制定を放置していたため、ドイツの連邦憲法裁判所が会期終了までに法律を制定するように、と警告して立法に迫り、結果としてこれに立法者は動かされ法律を制定した。この役割は、期限を限定して立法の不作為や立法の怠慢している場合に果たされる。このような事例は日本にも存在する。それが在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件<sup>159</sup>である。この事件では、在外邦人の選挙権を平成 8 年の衆議院選挙で認めなか

---

<sup>158</sup> II は昭和 50 年 5 月 29 日衆議院社会労働委員会議事録、IV は昭和 62 年 5 月 15 日衆議院農水委員会議事録、V は平成 18 年 10 月 18 日衆議院総務委員会記事録。

<sup>159</sup> 最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 9 号 2087 頁。

ったことが憲法違反とされ、また平成 12 年に両議院の比例代表選出議員の選挙に限定して選挙権を認めた公職選挙法の改正が行われたが、これも憲法違反とされた。そもそも「内閣は昭和 59 年 4 月 27 日…衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙全般についての在外選挙制度の創設を内容とする『公職選挙法の一部を開始する法律案』を第 101 回国会提出したが、同法律案は、その後第 105 回国会まで継続審議とされたものの…廃案となったこと、その後、本件選挙が実施された平成 8 年 10 月 20 日までに、在外国民の選挙権の行使を可能とするための法改正はされなかったこと」が明らかであり、さらに「国会が、10 年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票することを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」として、憲法違反であると判断した。また「在外国民に国政選挙で投票することを認める在外選挙制度を設けたものの、…衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙についてだけ投票することを認め」た法改正をしたことを評価した一方で、この改正に対しても最高裁判所は「在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなった」として、「衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票することを認めないことについて、やむを得ない事由があるということはできず」違憲であるとした。そして、主文において「次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票することができる地位にあることを確認する。」とした。

このように最高裁判所は次回の選挙までという明確な「期間」を設定しているが、立法に対して改正へと動かすようなことはしていない。つまり連邦憲法裁判所は明確な「期間」を設定し、その期間内で行わない場合は自らが実現させるとしたのに対して、最高裁判所は、判決主文の中で原告は次回の選挙までに投票できる地位にある、とただけである。ただ国会は次回の選挙までという期間内に公職選挙法を改正しなければならなくなったことには違いない。すなわち、最高裁判所は明確な「期間」を設定し、公職選挙法を改正するように国会に迫ったが、結局法的に国会の行動を拘束したわけではなく、国会が自主的に改正を実現させるべきものである。しかし、最高裁判所の判決は無意味というわけではなく、国会の行動を事実上拘束したとみることができるであろう。

II の立法者に詳細な「基準」を与え、そしてそれをもって指導的な立法者としての役割であるが、現在の最高裁判所は、衆議院の議員定数不均衡に関する一連の事件でその役割を果たしているといえるであろう。議員定数不均衡訴訟において、最高裁判所は人口と定数との比例の平等に関する定数配分の比率の違憲となる「基準」を示した。51 年判決において最高裁判所は「各選挙区の議員一人あたりの選挙人数と全国平均のそれとの偏差は、…約 5 対 1 の割合に達していた、…右の開きが示す選挙人の投票価値の不平等は、前述のような諸般の要素、特に右の急激な社会的変化に対応するについてのある程度の政策的裁量を考慮に入れてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達して

いるばかりではなく、これをさらに超えるに至っているものというほかはなく、これを正当化すべき特段の理由をどこにも見いだすことはできない」と判示した。つまり偏差が約5対1という比率では違憲としたのである。次に58年判決では、「本件選挙当時、選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が最大1対3.94に達していた」として、「右較差が示す選挙区間における投票価値の不平等は、…憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至っていたものというべきである。」と判示した。また、60年判決でも、「最大一对四、四〇に拡大」した較差は、「一般的に合理性を有するものとは考えられない程度に達していたものというべき」として、違憲としたのである。このように、違憲となる較差の数値を示すことで、立法者に詳細な「基準」を与え、立法者による次期公職選挙法改正に指導的な役割を担っていると見ることができるのではなかろうか。

Ⅲの立法者の代わりとしてまた独断的な立法者としての役割であるが、これは明らかに最高裁判所にはできないことであろう。これはⅠ、Ⅱのように動かす者、指導的な者としての役割とは、異なる性質の役割である。Ⅲは立法者の決定を取り消して、裁判所の判断を履行させるという力を持たせるものである。このような権限は憲法上、最高裁判所は与えられていない。しかし、最高裁判所は憲法81条によって違憲審査権、すなわち合憲か違憲かを判断する権限とそれに基づいて立法府・行政府を事実上拘束する効力を与えられている。つまり、最高裁判所の場合は違憲判断の権限を与えられてはいるが、最高裁判所の違憲判断に基づく決定を政府に強制する権限や、国会に代わりその権限を行使することまでは認められていない。単に国会や政府を事実上拘束し、違憲法律等を死文化するのみである。国会や政府を事実上拘束する以上に、両者に対して強制的に介入することは、日本国憲法上の権力分立原則にそぐわないものと思われる。

Ⅳの監督者としての役割は、最高裁判所も果たしているといえるであろう。例えば、小売市場事件<sup>160</sup>や薬事法距離制限規定違憲判決があげられる。これらの事件は憲法22条の職業選択の自由に含まれる営業の自由に関する規制について争われたものである。前者は「社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動の自由に対して、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許される」とした上で、「もっとも、個人の経済活動に対する法的規制は…一定の限界が存する」とした。どのような規制が認められるかは、立法者の広い裁量的判断にゆだねられており、立法者がその裁量権を逸脱し、当該法的規制を著しく不合理であることの明白な場合は、これを違憲とするとした。つまり、わが国はドイツと違い立法者すなわち、国会が国権の最高機関とされ、かなり広い裁量権を有する。しかし、その裁量権を明らかに逸脱した場合は、最高機関といえども最高裁判所は違憲判決を下すとしている。これは、立法者の裁量権を最高裁判所が監督していると見ることができよう。そして実際に立法者の判断が、合理的な裁量の範囲を逸脱したとして、違憲判決が下されたのが後者である。

---

<sup>160</sup> 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁。

後者の事件では、「規制措置の具体的内容およびその必要性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきもの」としたが、薬局開設の距離制限の目的について「競争の激化—経営の不安定—法規違反という因果関係にたつ不良薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとするは、単なる観念上の想定に過ぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたい」として、立法者の判断に合理性はなく、裁量権を逸脱しているために、薬事法の規定は違憲と判断した。

これらの判決でわかるのは、最高裁判所は憲法裁判機関として立法者の行為を監督しているということである。まず、わが国の最高裁判所は立法者の裁量権を広く認め、その裁量権を逸脱しないように、また立法者が合理的判断をするように監督する。もし立法者がこれを逸脱し、不合理な判断をした場合は、監督者として違憲判決を下す。この構図がわが国の憲法秩序維持の監督者としての憲法裁判機関といえるのではなからうか。

V信頼すべき解釈者という役割は、最高裁判所の憲法上の地位を見れば明らかである。まず、終審裁判所である最高裁判所は日本国憲法秩序を維持する。ただ憲法を解釈できるのは、最高裁判所をはじめとする裁判所だけではない。内閣や国会でも独自に憲法を解釈して、行政行為を行い、また法律案を作成し、法律を制定している。そのために国会や内閣には法制局が存在する。とりわけ内閣法制局は、行政官庁が法律案を国会に提出する前に必ず法律審査を行い、憲法との適合性を審査する<sup>161</sup>。

このように、憲法解釈は国家機関であるならば、どこでも行うことはできる。まず最高裁判所は原則として独立・集中型の憲法裁判機関ではないので、憲法解釈は下級裁判所でも行うことができる。しかし、憲法上最高裁判所は終審裁判所とされている以上、原則として憲法解釈の最終決定者となる。つまり、わが国において最高裁判所は裁判制度上唯一統一した解釈を行う存在であり、信頼すべき解釈者であるといえよう。次に他の機関との関係においても信頼すべき解釈者、すなわち唯一統一した憲法解釈が行える機関は、憲法上最高裁判所だけである。国会や政府が独自の憲法解釈で行った行為も、最終的に憲法に適合するかどうか決定するのは、終審裁判所としての最高裁判所だけである。もし国会の制定した法令などに違憲の疑いがあり、それにより権利侵害があるならば、訴訟が提起され裁判所で事件として審理される。そうなる最終的に最高裁判所でその違憲審査を伴う事件は審理され、憲法解釈がなされる。したがって、わが国において信頼すべき解釈者として最高裁判所はその役割を果たしているといえるであろう<sup>162</sup>。

このように、F.Ossenbühlの分類に最高裁判所を照らすとドイツの憲法裁判所とかなり一

---

<sup>161</sup> 内閣法制局設置法第3条1～5号。内閣法制局百年史編集委員会「内閣法制局百年史」（昭和60年）223頁。とりわけこのような任務を意見事務という。言い換えれば法律成立前の「事前審査」ということになる。

<sup>162</sup> ただ、付随的審査制のために、憲法解釈を行うには前提として国会や内閣の行為で問題が発生し、訴訟が提起されなければならない。

致するところが多い。とりわけ、IV、Vの役割に関しては、かなりその力を発揮しているといえるであろう。一部当てはまらない部分に関しては、最高裁判所が訴訟を前提とする司法機関であるがゆえのものである。また、基本的に国会が国権の最高機関とされるために、立法者に広い裁量権が認められているからである。しかし、最高裁判所は憲法裁判を行う機関として十分に機能していないとはいえないだろう。さらに付け加えると、最高裁判所が行った憲法判断の中には、明らかに具体的事件解決のためだけではなく、広く事件に関連した憲法判断もみられる。これまで述べた判例以外にも、例えば、皇居前広場事件<sup>163</sup>や朝日訴訟<sup>164</sup>では、期限が過ぎていたり原告が死亡したりしたことにより裁判は終わっているにもかかわらず、「念のため」ということで最高裁判所は憲法判断を行っている。これは、違憲審査の終審裁判所として、また憲法裁判機関として憲法秩序維持のために行ったと解することができる。つまり、これら合憲判決の中で最高裁判所は細かい基準などを示し、将来的な問題を除去するために行っていると見ることができよう。最高裁判所がこのような監督者として、また解釈者として存在することによって、常に国会や内閣は緊張感の中で行動することになるから、憲法秩序から離れた行動が抑制できることになる。したがって、最高裁判所は司法裁判所として機能しているだけではなく、違憲審査権を持つことによって憲法秩序の維持と監督に努めていることになる。これこそ最高裁判所が「憲法の番人」と呼ばれるゆえんである。したがって、最高裁判所は第四権的な存在とまではいえないにしろ、憲法裁判機能を有した憲法裁判機関であると解することができる。もちろん、最高裁判所は、ドイツの連邦憲法裁判所のように抽象的規範統制の権限は認められていない。

#### 4 憲法裁判機関の判決の効力について

##### (1) 類型論と判決の効力

前述のように最高裁判所は司法機関としてだけでなく、憲法裁判機関としての地位も認められている。そこで、改めて憲法裁判機関としてのわが国の最高裁判所の判決の効力について見ていくことにする。

まず、前述のように違憲審査の類型は大きく分けて二つの種類に分けられる。それは通常の訴訟に付随して通常裁判所で審査する分散型（非集中型）と、憲法問題を専門的に審査し、また通常裁判所から独立して審査する集中型である。これらの種類の違いを示す一つ論拠が「判決の効力」である。

非集中型違憲審査制の場合、通常裁判所のトップに立つ最高裁判所は最高機関であり、終

---

<sup>163</sup> 最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561頁。

<sup>164</sup> 最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁。

審機関でもあり、憲法問題について最終的に拘束力のある判決を下すことができる。しかし、違憲審査権は下級裁判所にも認められる。その結果、最高裁判所には下級裁判所の判決を是正するための機会を保持することになる<sup>165</sup>。ということは、原則として憲法問題については、最終的に最高裁判所で審査されなければならないということであり、憲法問題の最終決定権は最高裁判所にあることを前提に下級裁判所においても違憲審査権を認められていることが分かる。また各裁判所は個々の事件において判決を下し、違憲の法令についてはその適用を停止するにとどまる。したがって、法令を廃止するものではないが、適用の禁止は、実務上では一般的な拘束力を伴う無効宣言と同じように解されており<sup>166</sup>、廃止を伴う無効宣言と変わらない<sup>167</sup>。つまり、結果的に行政府や立法府は事実上の拘束力をもって、その行動が拘束されることになる<sup>168</sup>。

次に集中型違憲審査制の場合、憲法問題を扱う裁判所は専門化され、通常裁判所の系列外に置かれる。つまり、専門的な憲法裁判所は際立った特殊な地位を有しており、その他の裁判所からすればアウトサイダーとなる<sup>169</sup>。そして、その判決は特殊な拘束力を有する。すなわち、専門的な憲法裁判所の判決はその特殊な規範統制力によって、内容的に他の裁判所に比べ大きく異なるものとなる。というのは、その効力は他の裁判所と事件当事者を越えて、いわゆる万人に対する効力（*erga omnes-Wirkung*）、つまり立法府・行政府のような憲法機関を拘束する効力を有するからである。具体例として、ドイツ連邦憲法裁判所が挙げられる。連邦憲法裁判所法 31 条は「連邦及びラントの憲法機関並びにその他の裁判所及び官庁を拘束する」と規定している。連邦憲法裁判所の判決は当事者のみを拘束する既判力とは別に、すべての国家機関を拘束する力を有している<sup>170</sup>。この拘束力は判決主文だけでなく、主文を支える判決理由にも含まれるべきとされている<sup>171</sup>。また連邦憲法裁判所は憲法上、他の通常裁判所から独立しており、専門的に憲法問題を扱い、さらに特殊な地位を有している。

このように、違憲審査の類型、すなわち憲法裁判機関の地位によってその判決の効力に違いが出てくる。そこで、これをもとにわが国の最高裁判所の地位とその判決の効力についてみていくことにする。

---

<sup>165</sup> Werner Heum, “Rechtliche Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen” (2006) S.174ff.

<sup>166</sup> Werner Heum, a.a.O.S.175.

<sup>167</sup> Werner Heum, a.a.O.S.178.

<sup>168</sup> Werner Heum, a.a.O.S.175.

<sup>169</sup> Werner Heum, a.a.O.S.174.

<sup>170</sup> 工藤達郎編『ドイツの憲法裁判』（中央大学出版部、平成 15 年）219 頁～220 頁。

<sup>171</sup> Werner Heum, A.a.O.S.182.しかし、拘束力を判決理由に含むかどうかに関しては争いがある。それに賛成する学説は①主文と密接に関連する理由中判断を無視することは不可能、②連邦憲法裁判所の任務は憲法解釈の相違の除去と相違による政治的紛争を未然に阻止することにあるので、判決理由にも拘束力が及ぶ必要がある、とする。一方反対する学説は①理由中の判断の範囲の画定が困難、②憲法解釈が硬直化する恐れがある、とする。〔参照・工藤、前掲書 221 頁～222 頁。〕

## (2) 最高裁判所と判決の効力

わが国の最高裁判所は司法裁判所として通常裁判所のトップに立ち、その終審機関である。その判決は事件解決を目的とする当事者のみに有効となる個別的効力を有しているが、他方で、憲法 81 条により最高裁判所には終審裁判所という地位を与えられたことに基づき、最高裁判所は最終的に事実上拘束力のある判決を下す機関でもある。この点に関しては、立法の成立過程において枢密院での入江法制局長官の発言や、帝国議会における木村司法大臣の注目すべき発言がある。木村大臣は違憲判決の効力に関して、「最高裁判所において法令の違憲問題を裁判した場合、…司法の建前と致しましては、裁判に依って下された判決は、当事者を羈束するのであります。…当事者以外の者に対しては形式的には羈束力はないのであります。…形式的には羈束力は持ちませぬが、実質に於ては羈束をされるべきものと存するしだいであります。」<sup>172</sup>、と発言している。つまり、この当時は、具体的事件に付随した憲法問題を事件と切り離し、憲法判断を最高裁判所に集中させようとしていた。その後、集中型への途は途絶えたが、最高裁判所と下級裁判所の違憲判決の違いが示されたことにより、最高裁判所は通常裁判所とは違う存在となった。つまり、最高裁判所は憲法 98 条を媒介として、下級裁判所と違い終審裁判所としての地位に基づき事実上「一般的効力」のある違憲判決を下す機関となったわけである。

さらに、今日までの違憲判決を見ていくと、最高裁判所の判決には「一般的効力」が存在していることが確認できる。これは制定過程での議論と実際の判決の対応あわせてみると、前述の分類論での分散型における判決の効力の類型と合致する。また現行制度においても特別上告、特別抗告や移送といった例外的制度を設けることで、最高裁判所による下級裁判所の違憲審査の是正機会を確実なものにしようとしている。言い換えれば、違憲審査を伴う事件は確実に最高裁判所に上告されるようにし、その地位を下級裁判所と比べて際立たせている。

このように、判決の効力に照らして考えると、わが国の最高裁判所の特徴としては、他の裁判所と比べて最高かつ終審の裁判機関であり、憲法問題についての最終的決定権があること、さらに法律が違憲とされれば憲法 98 条に基づき無効と判断されるため、立法府や行政府に事実上拘束力（一般的効力）のある判決を下すことができるという点や、下級裁判所の判決を是正するための機会を保持している点などを挙げることができる。つまり最高裁判所の判決は、憲法秩序の保障を目的とする「一般的効力」を有し、この点で下級裁判所の判決とは異なる。それゆえ、最高裁判所の判決には司法機関として事件を解決するために当事者に向けられた「個別的効力」と、憲法裁判機関として憲法秩序維持するために他の機関に対して違憲とされた法律等の改廃作業を義務づける「一般的効力」が認められるといえるであろう。

---

<sup>172</sup> 清水伸『逐条日本国憲法審議録第三巻』（有斐閣、昭和 37 年）566～567 頁。

## 5 おわりに

以上、最高裁判所の「憲法裁判機関」としての役割を概観してきた。わが国は、付随的審査制である以上、ともすれば最高裁判所の憲法裁判機関としての側面を忘れがちである。もちろん専門的な集中型の憲法裁判機能を有する連邦憲法裁判所とは、審査の類型が大きく異なっているが、本節で見えてきたとおり、わが国の最高裁判所もドイツの憲法裁判所と似た憲法秩序を保障するための憲法裁判機能を有する憲法裁判機関であるといえるだろう。

わが国の違憲審査制は分散型（非集中型）でありながら、部分的に集中型を採用している。また違憲審査の伴う事件は、憲法上、最高裁判所が必ず終審として関与しなければならない。このように、「部分的集中型違憲審査制」の採用と最高裁判所を終審の裁判所とした背景には、最高裁判所を憲法裁判機関として位置づけようとしたことがあげられよう。そして、意図したとおりに、最高裁判所の違憲判決には当該事件のみに及ぶ「個別的効力」と、立法府や行政府にも及ぶ「一般的効力」の2つの効力が認められている。それ故、わが国の最高裁判所をもって通常の司法裁判所にとどまらない、憲法秩序を保障するための憲法裁判機関と捉えることができるのではなかろうか。

## 第2節 憲法判例における「傍論」の存在について — 傍論における憲法判断の価値 —

### 1 はじめに

わが国の違憲審査制は付随的審査制とされ、通常の訴訟の中において合憲性が審査され、憲法判断が行われる。つまり、なんらかの社会生活上のトラブルが発生し、それにより憲法上の権利や人権が侵害されていると提起された訴訟において憲法判断が行われるシステムとなっている。

この付随的審査制の中で下される判決のうち、どの部分が判決としての効力を有するのか疑問とされることがある。そもそも判決は、「主文」といわれる結論部分とその結論を導くための「判決理由」によって構成されている。つまり「判決理由」は事件解決の結論を示す「主文」を導くための根拠などが述べられている部分であり、裁判所はこの部分について違憲審査を行い、審査結果を説明している。英米法に則していえば、違憲審査が行われる「理由」は真の判決理由たる部分（ratio decidendi 以下、「主論」とする）とそれ

以外の部分を「傍論」(obiter dictum)とで構成されているといえる<sup>173</sup>。つまり、憲法判断というものにはratio decidendiで行われる判断とobiter dictumで行われる判断がある。

そこで、問題となるのはいわゆる「傍論」の部分で示された憲法判断である。実際に最高裁判所においても、下級裁判所においても傍論で憲法判断がなされている。そして、それがその後の類似の事件において参考にされ、あるいは引用されている。つまり、傍論であっても先例として扱われている場合がある。この点、少なくとも最高裁判所の役割については、最高裁判所が憲法判断を行う終審裁判所である以上、是認できるとするのが、通説的見解<sup>174</sup>となっている。また他方で「傍論」での憲法判断は、そもそも違憲・違法であるとする見解<sup>175</sup>も存在する。さらに、下級裁判決での傍論における憲法判断については、現行憲法下で許容できるかどうか問題になっている<sup>176</sup>。

そこで、本節では判決構造について分析し、わが国における傍論における憲法判断には一定の価値があるといえるかどうか、その類型化を試み、若干の検討を加えていく。

## 2 判例構造と違憲審査制

### (1) 判例構造と先例性

裁判所の下す判決は、まず結論部分である「主文」とその主文を導くための論理が述べられている「理由」で構成されている。さらに「理由」は、場合によっては真の判決理由の部分(ratio decidendiを以後「主論」とする)と「傍論」(obiter dictum)に区別されなければならない。「主論」とは、「主文」を導くための論拠が述べられており、先例としての価値があるとされ、他方で、「傍論」とはせいぜい説得的論拠としての価値しか有していないといわれている<sup>177</sup>。「傍論」を別の言い方をすれば、判決理由の中で真の判決理由ではない部分というように消極的に定義することもできる<sup>178</sup>。

そもそも「主文」を導くための論理が記された「理由」を「主論」と「傍論」に区別するのは、英米法に由来するものである。英米法では下級裁判所は上級裁判所の判決に拘束される。アメリカでは、連邦最高裁判所および州の最高裁判所は自ら下した判決を変更すること

---

<sup>173</sup> 山田晟「『傍論』について」『成蹊法学』16巻(昭和55年)187頁。

<sup>174</sup> 中村睦男、堂本照樹『憲法裁判50年』(悠々社、平成9年)151頁。

<sup>175</sup> 井上薫『判決理由の過不足』(法学書院、平成10年)175頁。

<sup>176</sup> 拙稿「付随的審査制における判決方法—下級裁判所の違憲判断について—」『憲法研究』第41号(平成21年)53頁以下。

<sup>177</sup> 金築誠志「主論と傍論」『司法修習所論集』1973〔2〕(昭和48年)126~127頁。本論文では真の判決理由の部分としているが、これを「主論」という用語を用いる場合もある。

<sup>178</sup> 同論文161頁。

はできるが、下級裁判所は上級裁判所に拘束される<sup>179</sup>。これがいわゆる「先例拘束性の原理」と呼ばれ、英米法における基本原理とされる判例法主義である。そしてこの拘束力は、法的な拘束力を意味している。この意味において、判例は法そのものであり、裁判官法という言葉が示しているとおりである<sup>180</sup>。判決が法であるならば、どんなに不当な内容の判決でもこれに拘束されるということになる。これでは、たとえ理不尽な内容の判決といえども従わなければならないということになってしまう。そこで、「主論」と「傍論」に分けて、結論を導く上で意味のある法的な根拠と理由付けを「主論」で表明し、この部分に拘束力を持たせ、それ以外の部分は「傍論」とされることになる。この「傍論」の部分では、当該事件の判断のために必ずしも必要とされない法理や判断、また事件解決に必要な論点の一般論が述べられる。したがって、「傍論」は主文を導くのに必ずしも必要とされていない点に鑑み、先例として効力は認められず、拘束力も認められていない。一方で、例えばドイツなどの大陸法では成文法が法であり、判決はその法を適用した結果に過ぎず、法そのものではないとされている<sup>181</sup>。

このように、「傍論」は「先例拘束性」を有さず、判決の中でも説得的論拠や「主論」で問題となっている論点の一般論を述べているに過ぎない<sup>182</sup>。英米法では拘束力という観点から、「主文」を導くための「判決理由」とは別に、拘束力のない「傍論」が存在することにはそれなりの意義がある。わが国も日本国憲法下の司法制度は英米法の影響を取り入れており、判決理由の中に「傍論」が存在することがある。しかし、一方でこの「傍論」は「蛇足判決」であるとする意見もある<sup>183</sup>。つまり、「傍論」は不要なものであるという。はたして本当に不要なのであろうか。

## (2) 違憲審査制との関係

現行憲法 81 条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定した。通説・判例は、この条文からわが国の違憲審査制は「付随的審査制」であるとする<sup>184</sup>。また具体的事件に付随して違憲審査が行われるので、最高裁判所だけではなく、すべての裁判所が審査権を有してい

---

<sup>179</sup> 新正幸『憲法訴訟論』（信山社、平成 20 年）663 頁以下。

<sup>180</sup> 山田、前掲論文 188 頁。

<sup>181</sup> 山田、前掲論文 188 頁。このため、不当な判決があった場合、その法の適用が正しくないので、これを変更して正しい法の適用をはかるとされる。さらに、英米法と違い判決は法でないといわれている以上、法的な拘束力も存在しないということになる。つまり、法的に上級裁判所が下級裁判所を拘束することもない。したがって、そもそも判決に拘束力がないので、わざわざ「傍論」という概念を用いる必要もない。このようなことから大陸法における判決には「傍論」というものは存在しないということになる。

<sup>182</sup> 中野次雄編『判例とその読み方』（有斐閣、平成 21 年）29 頁～30 頁。

<sup>183</sup> 井上、前掲書 53 頁以下。

<sup>184</sup> 芦部信喜『憲法 第 5 版』（岩波書店、平成 23 年）367 頁～368 頁。最大判昭和 27 年 10 月 8 日民集 6 巻 9 号 783 頁。

る。しかし、一方で一般的に付随的である以上、違憲審査は事件の解決に必要な限りにおいて行われるといえる。つまり、事件解決の範囲内で違憲審査が行われ、事件と関係なくある法律や国家行為などを直接審査することはない。

さらに憲法 81 条は、わが国の違憲審査権を定め、違憲審査の終審を最高裁判所と定めている。そして、それを受けて下級裁判所の憲法違反の判断については、最高裁判所への上訴の途が訴訟法上確保されている。例えば、民事訴訟法 327 条では「特別上告」が規定され、第一審が簡易裁判所の場合、上告審は高等裁判所となるが、憲法解釈や憲法違反を理由として第 4 審として最高裁判所へ特別に上告することができる。また同法 336 条の「特別抗告」も同様の理由により最高裁判所で審理できるようにするための制度となっている。また、刑事訴訟法でも刑訴規則 254・255 条の「跳躍上告」があり、憲法違反などの憲法問題を理由とした場合、第二審を飛ばして直接最高裁判所に上告する制度である。さらに両訴訟法には、憲法問題を理由として控訴裁判所が事件を審理しないで、最高裁判所へ「移送」する制度（民訴 324 条、刑訴規則 247 条）がある。これらの制度は、例外的なものとはいえ、違憲審査を伴う事件が終審裁判所である最高裁判所まで届くように途を開くための制度と見ることができる。つまり、これは違憲審査が最高裁判所で最終判断できるように配慮している制度であるといえるであろう。つまり、憲法 81 条の趣旨は、最高裁判所による違憲審査の役割と機能を十分に発揮させるためにあるといえる。

日本国憲法の制定過程を振り返ると、当初の改正案では第 77 条 1 項は「最高裁判所は、終審裁判所である」、第 2 項が「最高裁判所は、一切の法律、命令、勅令又は処分が憲法に違反しないかを決定留守権限を有する」とされていた。この第 77 条について、例えば、枢密院での審議に備えるために法制局によって作成された「想定問答」においては、「違憲問題の判断については、最高裁判所はもとより下級裁判所も、これを為し得ると解するが、下級裁判所が判断した問題については、最終的には最高裁判所が決定権を有する」<sup>185</sup>とされ、また枢密院での松本内閣大臣の発言でも「（憲法改正草案第 77 条）第 1 項と第 2 項との関係は別であり、第 1 項は最高裁判所は終審裁判所である。第 2 項は法律等が違憲か否かを決定するのは最高裁判所専属の管轄を保有することを定め、下級裁判所においても違憲か否かを判定し得る場合には結局上訴される最高裁判所においても決定される」<sup>186</sup>と発言している。つまり憲法制定過程の段階で、すでに最高裁判所が上告審として違憲審査の管轄権を有することが意識されたといえるであろう。その後、草案 77 条は現在の 81 条となり「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と修正されることになった。これにより合憲・違憲の判断については最高裁判所が必ず終審裁判所でなければならなくなった。つまり事件は当事者のどちらかが不服の場合は上訴され、上級審へと移る。その結果、最高裁判所が最終審になり、

---

<sup>185</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第 1 分冊および第 6 分冊の合本)』（司法研修所、平成 9 年）305 頁以下参照。

<sup>186</sup> 村川一郎『帝国憲法改正案議事録』（国書刊行会、昭和 61 年）141 頁。

そこで事件の最終判断が下される。違憲審査は事件に付随して行われるので、上訴されることによって、結果的に最終判断が最高裁判所で行われることになる。これがわが国の違憲審査制の特徴であり、これにより最高裁判所は終審裁判所という役割を果たし、憲法解釈・憲法判例の統一という機能を有するのである。

わが国の違憲審査制は、日本国憲法がアメリカ合衆国憲法の影響を受けて作られたことから、英米法系に属することには間違いない<sup>187</sup>。したがって、理論的には判決の「理由」も「主論」と「傍論」に分けることができる。そして、事件解決に必要な憲法判断は、主文を導くための論理が述べられている「主論」で行われる。

しかし、わが国の違憲審査は「主論」だけで行われているわけではない。すなわち、「傍論」において憲法判断が行われている事例もいくつか存在する。そして、それが事実上先例として扱われる場合がある。そこで、まず憲法判例の類型化を試みることにする。

### 3 憲法判例の類型

#### (1) 「主論」における憲法判断

憲法判例は、いくつかの類型に分けることができる。前述のように、まず主論において憲法判断が行われた場合と傍論において憲法判断が行われた場合に大きく分けることができる。

戸松教授は憲法判例には「憲法の規範的意味の解釈に関する見解が示されている判例、特定の法令の規定についての合憲性に言及している判例、および、具体的な処分についての合憲性に言及している判例の三種類ある」<sup>188</sup>としている。そしてこの①一般論的判断型、②憲法判断不要型、③ねじれ判決型の三種類はいずれも、「判決理由」(ratio decidendi)と呼ばれる部分で判断が行われているとき、これを狭義の憲法判例と呼ぶ。これに対して、判決理由の中でも「傍論」となる部分で憲法判断が行われた場合をも含めたのが広義の憲法判例と呼ぶことができる<sup>189</sup>。

主論における憲法判断の類型は、付随的審査制においてもっとも基本的なものである。付随的審査制は事件を解決する中で違憲審査を行うものであるから、事件解決に必要な範囲内で憲法判断が行われる。そこでいくつか具体的な例を提示してみる。

例えば津地鎮祭訴訟は、三重県津市が市体育館の建設にあたり、神式の地鎮祭を挙行し、それに公金を支出したことに対して憲法20条・89条違反ではないかと争われた事件、いわ

---

<sup>187</sup> 松井茂記『日本国憲法 第3版』(有斐閣、平成19年)86頁。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、平成17年)358頁。

<sup>188</sup> 戸松秀典『憲法訴訟 第2版』(有斐閣、平成20年)323頁。

<sup>189</sup> 戸松、前掲書323頁。

ゆる政教分離訴訟である。この事件で最高裁判所は「市が主催し神式に則り挙行された市体育館の起工式は、宗教とのかかわり合いをもつものであることを否定することはできないが、その目的が建築着工に際し土地の平安堅固、工事の無事安全を願い、社会の一般的慣習に従った儀礼を行うという専ら世俗的なものと認められ、その効果が神道を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められない」とし、いわゆる「目的効果基準」を用いて合憲と判示した。この事件は宗教行事に支出した公金を違法として津市の市議会議員が損害の補填を求めたものであり、この支出が違法かどうかを解決するために、前述の憲法判断が行われたわけである。まさに事件解決のための違憲審査といえるであろう。

また、審級制度の具体的内容に関して、昭和 23 年に最高裁判所が「憲法は審級制度を如何にすべきかに付ては第 81 条において『最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である』旨を定めて居る以外何等規定する處がないから此の點以外の審級制度は立法を以て適宜にこれを定むべきものである」<sup>190</sup>と述べている。この事件は、刑事事件を解決する中で、量刑不当が上告で認められないのは憲法違反かどうかを違憲審査したものである。この場合も事件を解決（有罪か無罪）するために、量刑不当を認めない上告制度について憲法判断を下していると思われるべきである。

以上のように、付随的審査制においてこの類型は憲法判断のあり方としてもっとも基本的なものである。事件を解決するための違憲審査であり、事件解決の範囲内で憲法判断が行われている。

## （2）傍論における憲法判断の事例

### ①一般論的判断型

この類型は、訴えの利益を失っている場合やすでに判決理由で訴訟が解決しているにもかかわらず、主文の判断とは関係なく憲法判断を行った事例である。「なお」「念のため」というように、事件解決には不必要な憲法判断であるにもかかわらず、一般論として憲法判断を行っている。この場合は、訴訟に付随して行われる憲法判断ではあるが、本来の付随的審査制において行われる事件解決のための憲法判断ではなく、事件をきっかけにして、それに関連して行われる憲法判断である。つまり、主論における憲法判断の事例のように、事件解決のための憲法判断ではなく、事件に関連した憲法問題について一般論的に判断したものである。

傍論における憲法判断の事例の代表例、とりわけ「念のため」として行われた憲法判断の事例として、皇居前広場事件<sup>191</sup>や朝日訴訟<sup>192</sup>の最高裁判所判決がある。このうち、皇居前広場事件では、メーデーの開催のための皇居外苑使用許可申請に対して不許可処分がなさ

---

<sup>190</sup> 最大判昭和 23 年 3 月 10 日刑集 2 卷 3 号 175 頁。

<sup>191</sup> 最大判昭和 28 年 12 月 23 日民集 7 卷 13 号 1561 頁。

<sup>192</sup> 最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 卷 5 号 1043 頁。

れた。この処分取消しを求めて訴えを提起した事件であるが、申請された集会の開催日の経過により訴えの利益が失われたとして上告は棄却された。この時点で事件は解決しているにもかかわらず、最高裁判所は「なお、念のため、本件不許可適否に関する当裁判所の意見を附加する」として、同処分が憲法 21 条及び 28 条に違反していないか判断した。

また、朝日訴訟は、生活扶助が打ち切られ、医療費の一部を負担することになった原告が保護変更決定に対しての不服申立を行い、却下されたことに対する取消訴訟である。最高裁判所は、原告が係属中に死亡し、また生活保護受給権は一身専属権であることを理由として、相続人の訴訟継承を否定して訴訟終了を宣言した。しかし、最高裁判所は「なお、念のために、本件生活扶助基準の適否に関する当裁判所の意見を附加する」として、憲法 25 条の生存権の意味や生活扶助の基準が 25 条に違反しないかを判断した。

さらに「念のため」という形ではないが、「なお」書きで憲法判断を行った事例がある。それが、「四畳半襖の下張」事件である。この事件で、最高裁判所は「チャタレー事件」で示された刑法 175 条の合憲性をめぐる判断の先例として、「所論は、原判決の解釈が憲法 21 条に違反するというが、結局のところ、原判決が刑法 175 条の合憲性を肯定したことを論難するに帰するものであつて、その理由のないことは、わいせつ文書の出版を同法条で処罰しても憲法 21 条に違反しないとする当裁判所大法廷判例の趣旨に徴し明らかである。」とし、合憲判断を下した。しかし、その後で「なお・・・」という形で、文書のわいせつ性の判断を行っている。つまり、わいせつ概念自体は「チャタレー事件」で定義づけがなされ<sup>193</sup>、それを本件でも踏襲したが、さらに踏み込んでの文書がどのような場合にわいせつ概念に該当するのか、「文書のわいせつ性の判断にあつては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうつつたえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要」であり、これらを踏まえた上で「チャタレー事件」で示された 3 要素を総合的に判断すべきであるとした。この判断は「チャタレー事件」で示された 3 要素説を踏襲し、さらにそれを進化させているといえる<sup>194</sup>。

また、「なお」書きではないが、訴えの利益を失っているにもかかわらず憲法判断した事例も①の類型に入る。それが、専従休暇不承認処分取消請求訴訟判決<sup>195</sup>である。この事件では、旧地方公務員法 52 条 1 項は非職員が職員団体に加給することを禁止する趣旨である

---

<sup>193</sup> 「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し善良な性的道義観念に反するものをいう。」とわいせつについて 3 要素を最高裁判所は示した。

<sup>194</sup> 刑事事件の場合は・・・最高裁判所としては、原告の主張が適法な上告理由にあたらなくても、もしそれが実質的に理由があつて、原判決が違法であり、そのまましておけば著しく正義に反すると認められるときは、刑事訴訟法 411 条によって原判決を破棄しなければならないので、職権でその論点を取り上げて、判断を示す場合がある。ゆえに傍論ではないとする意見もある（中野、前掲書 38 頁）。

<sup>195</sup> 最大判昭和 40 年 7 月 14 日民集 19 卷 5 号 1198 頁。

として、これが憲法 28 条に違反するか争われた。この事件の場合は、上記の事例と異なり、先に憲法 28 条に照らして旧地公法 52 条 1 項についての憲法判断を行い、合憲と判断した。しかしその後で「被上告人らの本訴請求は、右期間の経過により権利保護の利益を喪失したもの、といわなければならない」と判示した。判示の順序は逆になっているが、最高裁判所が訴えの利益はないとしながら、憲法判断を行った事例であるといえよう。

これらの判決を見ると、いずれも事件解決は必要がないにもかかわらず、事件に関連し、もしくはそこで問われている憲法問題について一般論的な判断を下している。

## ②憲法判断不要型

この類型は、①と同様に事件そのものは判決理由により導き出された主文によって解決してしまっているにもかかわらず、あえて「傍論」をつけて憲法判断を行っているものであり、しかも憲法判断が主論と矛盾してしまっているものである。例えば、定住外国人地方参政権訴訟判決<sup>196</sup>がこれに属すると考えられる。この判決で、最高裁判所は国民とは「日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味する」として、「そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法 15 条 1 項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解する」とし、これを前提に憲法 93 条 2 項にいう「住民」とは「地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものということはできない」(A)と判示した。にもかかわらず、この後で最高裁判所は「憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、…その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められる」とする外国人については「法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではない」(B)とした。その上で「地方公共団体における選挙権を日本国民に限定した法律は憲法 15 条 1 項、93 条 3 項に違反するとはいえないので、その他本件決定を維持すべきものとした原審の判決に誤り」(C)はないと判示した。判決の文章構造からして、仮に B を削除して考えると A と C は論理が一貫して上告棄却の結論に至ることができる。したがって、この事件は A の部分をもって C の結論に結びつく、すなわち、すでに参政権は外国人に保障されていないとされる時点で解決してしまっている。そしてこれだけであれば主論における憲法判断ということになっていた事例であった。しかし、B の部分において法律をもって外国人に参政権を与えることは禁止されていないとした。B は論理的に考えて事件解決に直接結びつくものではないから、この部分を傍論と捉えることができる。しかもここでの憲法判断は

---

<sup>196</sup> 最小判平成 7 年 2 月 28 日民集 49 卷 2 号 693 頁。

A・Cの部分と矛盾しているのではなからうか。

### ③ねじれ判決型

この類型は、主文を導く判決理由の中で、事実認定の部分において憲法判断が行われる事例である。しかしこの事実認定は主文を導くのに必要のない部分であり、「傍論」に該当する。また、事実認定を行っている裁判所での判決ということになるので、基本的に下級裁判所の判決ということになる。例えば、福岡地方裁判所での小泉首相靖国参拝訴訟<sup>197</sup>や大阪高等裁判所の靖国参拝訴訟判決<sup>198</sup>、さらに名古屋高等裁判所の航空自衛隊イラク派遣訴訟判決<sup>199</sup>などの国家賠償訴訟や仙台高等裁判所の岩手靖国参拝訴訟判決<sup>200</sup>が挙げられる。これらはいずれも、いわゆる「ねじれ判決」といわれ、それぞれ問題となっている行為（首相の靖国参拝、自衛隊の外国派遣、宗教団体への公金支出）を、原告が憲法違反であると訴えた国家賠償訴訟ないし住民訴訟である。

これらの訴訟で共通していることは、問題となっている行為を違憲であると判断したにもかかわらず、違憲とされた行為による権利侵害を否定して、原告の請求を棄却していることである。つまり、事実判断に沿って憲法判断を行っている。しかし、違憲とされながらも権利侵害を認めないのは、判決としてねじれている状態である。違憲判断をした部分は「傍論」であり、不要な憲法判断といえるであろう。

## 4 傍論における憲法判断の価値と問題

### (1) 傍論における憲法判断の価値

さて、わが国における憲法判断の事例の類型のうち傍論における憲法判断にはどのような価値があるのか。

前述のように、基本的にわが国の違憲審査は事件解決の範囲内で行われるものである。それが「主論における憲法判断」であった。しかし、「傍論における憲法判断」は、事件解決に必要とされていないについて判断している。朝日訴訟は①の一般論的判断型とであるが、「なお、念のために、本件生活扶助基準の適否に関する当裁判所の違憲を付加する」として、傍論において生存権の法的性格（プログラム規定説の立場であるとする<sup>201</sup>）を判断した。さらに、何が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定は「厚生大臣の合目的な裁量に委されており」、「現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生

<sup>197</sup> 福岡地判平成16年4月7日判時1859号76頁。

<sup>198</sup> 大阪高判平成17年9月30日〔参照：<http://www.courts.go.jp>〕

<sup>199</sup> 名古屋高判平成20年4月17日〔参照：<http://www.courts.go.jp>〕

<sup>200</sup> 仙台高判平成3年1月10日判時1370号3頁。

<sup>201</sup> 葛西まゆこ「生存権の法的性格-朝日訴訟」別冊ジュリストNo187（平成19年）299頁

活保護法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合」には、審査の対象となる、と判断した。

しかし、この傍論で示された生存権の法的性格とその判断基準については後の堀木訴訟判決において踏襲され、そのうえで最高裁判所は生存権に関する法律の違憲審査基準について立法府の広い裁量権を認め、「それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合」に限り、裁判所は審査判断することができるとした。この判決は、朝日訴訟判決の「傍論」における憲法 25 条解釈を踏襲し、生存権の権利性を否定している。さらに行政庁と立法府の行為という違いこそあれ、生存権の違憲審査基準に関して広い裁量を認めたところでは共通している。つまり、朝日訴訟判決の傍論で示された生存権についての憲法判断では生活保護基準の認定は行政庁の裁量に任せられており、著しく逸脱した場合に違法となるとしたが、この論理を用いて堀木訴訟では立法府の決定が著しく合理性を欠き明らかに裁量権を逸脱、濫用した場合には司法審査の対象となり得ると判示した。この 2 つの最高裁判所判決は、その後多くの裁判において憲法 25 条の解釈の先例となり、判例として確立している。

次に『四畳半襖の下張』事件判決<sup>202</sup>において、最高裁判所は原判決の判断を支持し、刑法 175 条を合憲とした上で、被告人を無罪とした。ここまでが「判決理由」であるが、この後、「なお…」以下において、「文書のわいせつ性の判断にあたっては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうつつたえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合し、その時代の健全な社会通念に照らして、それが徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するものといえるか否かを決すべきである」と文書のわいせつ性判断の基準を示している。この部分は、主文を導く理由を述べた後に、さらに「なお」書きで憲法判断を行っているもので、「わいせつ文書」の判断基準としてはきわめて重要であるが、本件の結論を導くために必ずしも必要ではない判断といえるであろう。この『四畳半襖の下張』事件判決は、平成 16 年に東京地裁で行われたわいせつ図画頒布罪についての刑事裁判<sup>(203)</sup>で、先例として扱われ、刑法 175 条の合憲性を判断する 1 つの基準として、当該事件の「なお」書き以下の基準が用いられた。

以上、傍論における憲法判断の一部を取り上げてみたが、これらは傍論とはいえ一定の判例としての価値を確立している。朝日訴訟判決の場合は、生存権に広い裁量の余地を与えたということが後の堀木訴訟判決で踏襲されており、『四畳半襖の下張』事件判決の場合も、

---

<sup>202</sup> 最小判昭和 55 年 11 月 28 日刑集 34 卷 6 号 433 頁。

<sup>203</sup> 東京地判平成 16 年 1 月 13 日〔参照：<http://www.courts.go.jp>〕

前述のとおり、その後の判決などわいせつ文書を判断する際に先例として扱われている<sup>204</sup>。

したがって、英米法では「傍論」とは説得的論拠に過ぎず、先例性を有しないものであったが、わが国の場合は傍論が判例としての価値を有する場合もあるといえるのではないだろうか。

## (2) 傍論における憲法判断の問題

しかし、一方で傍論における憲法判断には問題も含まれており、すべての傍論が判例としての価値を有しているわけではない。とりわけ問題となるのは、②憲法判断不要型、③ねじれ判決型である。

②の定住外国人地方参政権訴訟は、その後の判決の中で先例として扱われた例が存在しない。外国人の人権に関して、リーディングケースとされているのは「マクリーン事件」である。この判決以降、外国人の在留の自由、再入国の自由、選挙権や被選挙権または公務就任権などの権利に関しては、いずれも認められないとするのが最高裁判所の立場となっている。なぜ、①のように傍論といえども先例として採用されていないのか。それは、②は不要な憲法判断であり、論理的にも矛盾が生じているからではないだろうか。

そこで、②の憲法判断不要型は前述の定住外国人地方参政権訴訟の判決内容を三分割(A,B,C)にしたが、明らかにBの部分の憲法判断は不要であった。このBがなくても判決として論理的に成り立つにもかかわらず憲法判断を行い、さらに論点になっていない外国人参政権付与への合憲性について憲法判断を下してしまっている。これは①の一般論的判断型とは明らかに異なる点といえるであろう。一般論的判断型は、確かに傍論部分がなくても判決として成立するという点においては共通しているが、しかし論点ではないことについて審査したわけではない。朝日訴訟における論点は生活保護給付金額が低く、憲法25条に違反しないかが争われた。そして、原告が死亡したことにより訴訟は終了となったわけであるが、傍論においてそもそも生存権を用いて裁判できるのかという、生存権の性格について一般論的な憲法判断を行った。事件自体は結局のところ生存権を引き合いに出して裁判を行うことができるかということであった。そこで、訴訟自体は終了しても論点となっている生存権の裁判規範性などに関する憲法判断を下した。

一方で②は「主論」の判断で十分であるにもかかわらず、「傍論」で余計な憲法判断をしてしまったところに特徴がある。つまり「主論」すなわちAの部分では「住民」は「日本国民」のことを指し、外国人に参政権を付与することは保障されていないとした。「傍論」すなわちBの部分では、地方参政権は立法によって外国人に参政権を付与することが禁止されていないとしている。そもそも、この訴訟は日本に在住している外国人が選挙人名簿に登録するように、公職選挙法24条に基づき申し立てしたが却下され、これを不服として訴訟となった事例である。つまり、この訴訟は、あくまでも外国人に参政権を認めない地方自治

---

<sup>204</sup> 輸入禁制品該当通知取消等請求事件（平成20年2月19日民集第62巻2号445頁）などでも先例として引用された。

法や公職選挙法の合憲性が争点であって、立法によって外国人に参政権を付与するかどうかについての合憲性は争点とされていないといえる。それにもかかわらず聞かれてもいない、あるいは論点になり得ない事柄について判断し、その上で C の結論にたどり着いたので、A と B の理論的整合性に疑念を抱かせる判決となっている<sup>205</sup>。

A と B との論理的な展開について、A の部分では学説でいうと禁止説になり、B の部分は許容説になる。すなわち、これは内容的に前後矛盾しているといわざるをえない<sup>206</sup>。確かに、この判決が外国人に参政権が「保障されない」という場合、形式論理からすれば、これは B で述べられた「禁止」だけでなく「白紙状態」、つまり「禁止」まではしていないということも含み得るといえる。しかし、判決は A において、選挙権が「権利の性質上日本国民のみ」を対象とし、「外国人には及ばない」とした。さらに憲法 93 条 2 項の「住民」とは「日本国民」を意味し、「右規定は、我が国に在留する外国人に対して…選挙の権利を保障したものということとはできない」としている。つまり A の部分においては、地方レベルも含めて、選挙権が権利の性質上、あくまで日本国民のみに認められた固有の権利であるとしている。しかし、A で選挙権付与の対象を日本国民にのみ限定しておきながら、B では「法律によって永住者等に地方参政権を付与することは憲法上禁止されていない」としているのは、矛盾といえるであろう<sup>207</sup>。このようにみると、B の部分は判例の論理的流れとして、排除したとしても A と C で論理的に一貫しており、B がなくても事件解決に何等支障をきたさない。したがって、B は「傍論」となり、さらにいえば不要な憲法判断であったとすることができるであろう。さらに①の一般論的判断型と違い、論点となっていない参政権付与については立法政策であると判断しており、①のようにいわば事件に関連した中での憲法判断ではなく、事件をきっかけにして不必要な憲法判断をしたと見ることができるであろう。したがって、①は矛盾が生じているわけではなく、また完全に不要な判断とはいえない点において②とは異なるといえる。

③のねじれ判決型は下級裁判所の事実認定の段階で憲法判断が行われ、主文の内容とねじれた現象を起こしていることが問題となった。つまり、主文の結論並びに②と同様に矛盾した論理展開をした「傍論」が生じてしまっている事例である。そして、とりわけ問題なのは、③は憲法 81 条を前提とする審級制度を崩壊させる類型であることだ。つまり、下級裁判所の違憲審査は、最高裁判所で最終判断を受ける途が開かれていることを前提に認められているにもかかわらず、自らその途を閉ざすことが可能となっている。これはわが国の違憲審査制そのものを崩壊させかねない類型である<sup>208</sup>。

この類型の代表例としての仙台、大阪、福岡での靖国参拝訴訟では、首相による靖国神社参拝行為についての事実を判断する際に憲法判断を行っている。またその憲法判断は主文

---

<sup>205</sup> 青柳幸一「憲法判決における『主論』」『筑波ロー・ジャーナル』創刊号（平成 19 年）17 頁。

<sup>206</sup> 百地章「在日外国人への参政権付与は違憲」『月刊自由民主』556 号（平成 11 年）41 頁。

<sup>207</sup> 百地章『憲法の常識 常識の憲法』（文春新書、平成 17 年）158 頁。

<sup>208</sup> 百地、前掲書 116 頁。

と論理的にねじれ現象を生じさせてしまっている。つまり、③のねじれ判決型は事実を認定する際、違憲と主張された憲法判断を含む論点については肯定し、そのほかの事実の要件を否定した上で請求を棄却している類型である。例えば、福岡地方裁判所での靖国参拝訴訟では、内閣総理大臣の靖国神社参拝は政教分離違反であり、原告らの信教の自由や宗教的人格権などの諸権利を侵害していることから、精神的損害を被ったとして訴えた国家賠償であった。この訴訟は「主文」において原告の請求を棄却している。この主文を導く「理由」を分割してみると、I、事実認定を行い、靖国参拝が国家賠償法1条1項にいう「職務を行うこと」に該当するかについて、「本件参拝は、行為の外形において内閣総理大臣の職務の執行と認め得るものというべきであり」、該当するとした。そして本件参拝の違憲性については、この事実認定に基づき「目的・効果基準」を用いて、靖国神社への戦没者慰霊という宗教的意義を目的とし、「その効果は、神道の教義を広める宗教施設である靖国神社を援助、助長、促進するものというべきであるから」憲法20条3項に反するとした。II、原告の主張する権利（宗教的人格権など）は認められず、精神的苦痛は「原告らが、不安感、不快感、憤り、危惧感、圧迫感などを抱いたこと」は「相当に強度のものとは認め得るものの」、賠償の対象となるような法的利益の侵害があったものということではできないので、不法行為の成立を認めることはできない。III、以上のことから、「本件請求は、いずれも理由がないから、これを棄却することとし、主文のとおり判決する」とした。このように事実認定において行われた憲法判断であるが、Iにおける憲法判断は後のII IIIと論理的整合性がない。つまり憲法違反の行為があったにもかかわらず、法的利益の侵害はないとする点において「ねじれた」状態となっている。この場合、Iにおける憲法判断は論理的にどのような意味を持つのか。そもそも法的利益に侵害がないとするならば、その前提となる国家賠償の対象である公権力の行使が憲法に違反する違法行為であるかどうか判断する必要はない。憲法判断をしなければ、この判決の論理が通り、訴訟は終了する。この憲法判断が結局主文の結論を導くのに必要のないものであり、意味ある判断とはいえない以上、まさに「傍論」と呼べる<sup>209</sup>。

もしIを「主論」として認めるならば、IIにおいて原告の諸権利を認めた上で、権利侵害を認定し、IIIで原告の請求を認めなければならない。このようにするならばI～IIIまで論理が通り、「主論」として扱われる。この判決を「ねじれ判決」という。

また、そもそも③は他の類型と違い下級裁判所での判決である。つまり、基本的にわが国で先例として扱われる判例は、「傍論」であろうと最高裁判所の判決である。①②はいずれも最高裁判所判決であり、まずわが国で先例となるには最高裁判所判決でなければならない。他方、③の判決は、違憲と判断した行為による権利侵害は成立しないとした点が問題である<sup>210</sup>。通常ならば、憲法に違反するような行為である以上、原告の権利を侵害したとす

<sup>209</sup> 百地章『憲法と日本の再生』（成文堂、平成21年）32頁～34頁。戸松『前掲書』358頁。

<sup>210</sup> 百地、前掲書32頁以下。拙稿「付随的審査制における判決方法—下級裁判所による違憲判断について—」『憲法研究』41号（平成21年）53頁以下。

るのが当然である。しかし、権利侵害は発生していないにもかかわらず、下級裁判所があえて憲法判断を行った結果、ねじれ現象を生じさせてしまったといえる。だからこそ、「傍論」での判断は主文の結論とねじれ現象を起こし、論理的矛盾を生じさせている。

このことから基本的に下級裁判所における③のような憲法判断は、必要のない事実認定となる。もちろん、下級裁判所といえども審査権を有するが、とりわけ事実審たる下級裁判所での憲法問題を含む事実認定は、結論を導くために必要不可欠なものであって、直接主文に根拠を与えるものでなければならない。このように解するならば、事実審たる下級裁判所は基本的に傍論となるような憲法判断はすべきではないというべきではないだろうか。

このような「ねじれ判決」では、被告の国からすれば、裁判には勝ったものの、公務員の行為が違憲とされてしまい、不満があっても上訴できない。他方、原告からすればそもそも裁判を起こす理由が賠償請求ではなく、それを口実にして靖国参拝という行為が憲法に違反すると主張し、あわよくば傍論で違憲判断を勝ち取ろうとする訴訟であるため、参拝行為が憲法違反とされれば原告は満足する。となると原告はもはや上訴する必要はなく、逆に勝訴した被告は上訴したくてもできないため、このような訴訟で最高裁判所における違憲審査の最終判断を受けることなく下級裁判所だけで違憲審査が終了してしまう。したがって、③のねじれ判決型は、憲法 81 条を前提とする審級制度の観点から許されるべきものではない。

以上のように、②③の類型における傍論での憲法判断は判例としての価値を見出すことができないといえよう。他方で①のようなあくまで最高裁判所の判決の流れに沿っている形態の場合、また主文や判決理由に関連にした論点について憲法判断している場合には、傍論といえども判例としての価値が見いだすことができるのではないだろうか。

### (3) 傍論判断不要論

これに対して、他方では①の類型ですら必要のない憲法判断とする見解もある<sup>211</sup>。傍論が伴う判決を「蛇足判決」と呼ぶ<sup>212</sup>。この見解は、裁判所はあくまで事件の解決をする機関であり、傍論という形で裁判所がその目的を超えて将来起こるであろう類似の事件の解決の基準を示すことは、越権行為であるとする。本来法律で制定したものが裁判の基準となるはずが、裁判所が将来を見越して事件解決に不要とされる傍論の中で、将来の裁判のための基準を示すことは越権行為に当たるとする<sup>213</sup>。

確かに、付随的審査制である以上、違憲審査そのものが直接の目的でなく、具体的事件の解決が直接の目的となる。それ故、憲法判断はその具体的事件の解決という目的達成のために行われるべきである。しかも必要な限りにおいて行われるべきものであると解することができる。これを「必要性の原則」と呼び、これをルール化したのが「憲法判断回避の準則」

---

<sup>211</sup> 井上、前掲書 155 頁以下。

<sup>212</sup> 井上薫『司法は腐り人権は減ぶ』（講談社現代新書、平成 19 年）前掲書 16～17 頁。

<sup>213</sup> 同書 16 頁。

である。この「憲法判断回避の準則」はアメリカの判例において形成されてきた理論である。わが国でも最高裁判所が刑訴応急措置法事件<sup>214</sup>において「米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもって規定した」のが憲法81条であると判示しており、この準則を否定する理由はない。事実、実際に憲法判断を回避した事例も存在する<sup>215</sup>。このような観点からすれば、傍論における憲法判断など不要であり、むしろ裁判所としては権限外のことを行使することであって、場合によっては越権行為といわれてもおかしくはない。したがって、傍論での判断はいかなる場合でも不要となる。

とはいうものの、芦部教授は「憲法判断の回避の準則」を「絶対的なルールとして主張すると、違憲審査制の憲法保障機能に反する場合が生じる」として、「裁判所は、事件の重大性や違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題にされている権利の性質等を総合的に考慮し、十分理由があると判断した場合は、回避のルールによらず、憲法判断に踏み切ることができる」と解する<sup>216</sup>という。つまり、最高裁判所をはじめとした裁判所には事件解決に必要な憲法判断を回避すべきということを前提に、しかし違憲状態の程度などの諸事情が十分理由があると判断した場合には、回避の準則に束縛されずに憲法判断に踏み切るときだというわけである。この見解は、違憲審査制の持つ憲法保障機能を重視したものと解することができる。もちろん、これは③のねじれ判決型を容認するものではない。あくまで最高裁判所の終審性という観点から、最高裁判所が行う傍論の憲法判断については、芦部教授がいうように必要に応じてその是非を判断すべきだと思われる。

## 5 おわりに

以上、憲法判例における「傍論」の在り方について若干の考察を加えてきた。わが国は付随的審査制を採用しており、英米法の影響を強く受けた憲法でもある以上、判決理由を「主論」と「傍論」に分けて考えることができる。英米法では「傍論」は説得的論拠に過ぎない

---

<sup>214</sup> 最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801頁

<sup>215</sup> 憲法判断の回避の方法として、憲法判断そのものを回避する方法と法律の違憲判断を回避するという合憲限定解釈という方法の2つがある。前者は前述のように憲法問題に言及しなくても法的解決のできる場合である。例えば恵庭事件第1審判決（札幌地判昭和42年3月39日刑集9巻3号359頁）がこれである。この事件では被告人の行為が無罪となり、事件が解決してしまったためその法律の合憲性を判断する必要がないとされた。後者については文面通りに解釈すると違憲になる可能性がある法文の意味を限定的に解釈して、違憲となる可能性を排除する方法をいう。例えば、広島市暴走族追放条例事件（最三判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁）がこれである。暴走族追放条例の規定が何人にも適用されるかのように規定されていたが、「何人」を限定して解釈し、暴走族またはこれに類する集団についてのみ適用されることとして合憲限定解釈を行った。

<sup>216</sup> 芦部、前掲書364頁。

が、先例として拘束性もないもので、単に裁判官が意見を述べる場所という程度のものである。したがって、付随的審査制で行われる違憲審査では、「判決理由」は、通常、主論における憲法判断をいう。しかし、わが国では一部の「傍論」については、その憲法判断が先例として扱われている場合もある。この点こそが、英米法と異なり、わが国の違憲審査制の特殊性といえるのではなかろうか。

つまり、わが国は最高裁判所を終審とする違憲審査制を採用している以上、判例・解釈統一のため、あるいは「憲法の番人」として、又、終審裁判所として、最高裁判所には事件解決とは関係なくとも事件に関連した一般論的な憲法判断を下すことが認められるのではなかろうか。これは「傍論」ではあるが、しかし最高裁判所の憲法判断であり、下級裁判所に対しては権威を有するため、それが先例として扱われる傾向がある。さらに言えば、憲法上の地位の違いから、最高裁判所の憲法判断は、下級裁判所のそれと違って権威があり、先例としての価値を有すると考えてもよいのではなかろうか。というのは最高裁判所は下級裁判所と異なり、最高裁判所裁判官国民審査制度（憲法 79 条 2 項、3 項）があることから、「傍論」における裁判官の憲法判断に対しては国民が裁判官の審査を通じて間接的にチェックすることができるからである。つまり、最高裁判所の憲法判断に対しては、裁判官の審査を通じて民主的チェック機能が働くため下級裁判所のそれとは異なるともいえる。

しかし、もちろんすべての傍論における憲法判断に判例としての価値があるとは限らないから、「主論」における憲法判断と違って、その扱いには十分注意する必要がある。事実、たとえ最高裁判所の傍論であろうとも、そこに矛盾が生じているような特異なケースは、先例として扱われていない。それゆえ、最高裁判所は終審裁判所である以上、傍論における憲法判断は慎重に行い、「主文」やそれを導くための「主論」と矛盾することのないように努めなければならない。わが国の憲法秩序の保障を担う最高裁判所の判決だからこそ、「傍論」といえどもわが国の憲法秩序に影響を与えることを忘れてはならない。他方、下級裁判所は事件の解決とは直接関係ない憲法判断を下すことは控えるべきである。とりわけねじれ現象を起こしているような傍論は憲法 81 条に違反する恐れさえもある。

### 第 3 節 違憲判決効力論からみる違憲審査と憲法改正

#### 1 はじめに

日本国憲法第 81 条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定し、わが国の違憲審査権を明記している。しかし、憲法 81 条以外に違憲審査に関する規定はない。違憲審査の形態、

具体的な審査方法、違憲判断が出された場合の効力について憲法は何も言及していない。そのため、わが国の違憲審査制については様々な議論がなされてきた。特に最高裁判所による法令違憲の場合、その対応をめぐり議論が分かれている。

日本の違憲審査の形態について最高裁判所は「特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない」（警察予備隊違憲確認訴訟<sup>217</sup>）とし、抽象的審査制を否定し、具体的審査制（付随的審査制）であるとしている。また具体的な審査の内容については判例で違憲審査基準などが示されてきている。しかし、違憲判決ないし違憲判断が出された場合の効力や効果について最高裁判所は判例において言及していない。学説においてもその点について議論が分かれており、結局違憲判決の効力は事実上の効果などとされ、それを「一般的拘束力」「インパクト」などという表現で、何らかの効果を見出そうとしている。

実際、法律に対する違憲判決が出ても、最高裁判所事務処理規則 14 条の立法府や行政府に違憲審査の内容を送付する規定が存在するが、あくまで違憲判決が出されたことのみを報告する程度のものであり、結局法的根拠もなく、国会が動かない限りその違憲とされた法律は存在し続ける。また違憲判決が出されたにもかかわらず、それに対する国会や政府の対応が一定ではなく、違憲と判断された法律がそのまま残ってしまうという事態も招いてしまった。この原因は違憲判決の効力が憲法 98 条の最高法規性条項を介した事実上の「一般的効力」、つまり慣習上のものに委ねられていることにあるのではないか。やはり最高裁判所は違憲審査の終審裁判所としての地位に基づいて出される違憲判決に対して、その効力についてどのような内容のものなのか法的根拠を提示すべきであり、事実上の効力、つまり慣習に委ねるべきではない。

そこで、まず違憲判決の効力に関する学説を整理し、現在の議論や違憲判決の現状について概観する。次に違憲審査の終審裁判所であることをさらに徹底する必要性から、違憲判決効力論を足掛かりにあるべき最高裁判所の役割について検討する。さらに憲法秩序の保障機関としての最高裁判所の地位、役割や在るべき権限を模索し、違憲審査の在り方については憲法改正論も含めて検討することにする。

---

<sup>217</sup> 最大判昭和 27 年 10 月 8 日民集 6 卷 9 号 783 頁。

## 2 違憲判決効力論について

### (1) 学説の状況

わが国の違憲審査制は判例により付随的審査制とされ、通常裁判所に提起された訴訟の中で法令に対する違憲審査が行われる。つまり、訴訟解決の中で違憲審査が行われるシステムとなっている。違憲審査は通常の訴訟で行われるため、裁判所の合憲・違憲の判断は訴訟解決を示す主文ではなく、その主文を導くための判決理由でなされる。判決理由の中に違憲判断を含む判決も、通常の訴訟で行われる判決と法的効力に違いはなく、各訴訟法の手続きの定めるところに従う。例えば民事訴訟法 114 条や 115 条が定める既判力がこれである。この法的効力とは別になるのが、憲法学でいう違憲判決の効力である。判決の効力の問題は各訴訟法の手続上のことであり、本来違憲審査とは関係ないものである<sup>218</sup>。したがって「違憲判決の効力」を論じる場合の効力とは、訴訟法上の判決の効力とは違い、判決理由中に示される憲法判断のもつ特別の効果のことをいい、憲法判断（違憲判断）の効果の問題とするのが適切といえる<sup>219</sup>。「違憲判決の効力」とは、法的効力（既判力）とは別に、判決理由中に示される憲法上の争点についての判断が憲法違反となった場合に、それが立法府や行政府に対して何らかの効果あるいは効力を及ぼすものであるか否かの問題である。

この効力については憲法に明文規定がない以上、その内容は解釈に委ねられることになる。その解釈をめぐっては大きく分けて3つの学説がある。

#### A 個別的効力説

個別的効力説とは、純粹な形で説明すると最高裁判所の法律に対する違憲判断の効力は当該事件に限られ、違憲と判断された法律は当該事件に限ってその適用を排除されるにとどまるとする。その論拠は、違憲審査権行使の形態が事件に付随して行われるものであり、司法権の作用の一環とし、あくまで事件解決のための行われるため、当事者にしかその効力が及ばないとする。また法律を違憲判決により一般的に無効としてしまうのは、法律を廃止するというに等しく、消極的立法作用となり国会を「国権の最高機関」、「唯一の立法機関」と規定する憲法 41 条と一致しなくなるためである<sup>220</sup>。ただ一方で、違憲問題については、最高裁判所が終審裁判所でなければならないので、下級裁判所で違憲問題が争われるときは、下級裁判所で終審的に決定することは許されないとする<sup>221</sup>。

<sup>218</sup> 野中俊彦「判決の効力」『講座憲法訴訟第3巻』（有斐閣、昭和62年）110頁。

<sup>219</sup> 同書109頁。

<sup>220</sup> 佐藤功『日本国憲法概説』（学陽書房、平成16年）496～497頁。

<sup>221</sup> 清宮四郎『法律学全集 憲法I第3版』（有斐閣、昭和54年）372頁。

## B 一般的効力説

一般的効力説とは、憲法 81 条が最高裁判所に憲法裁判所としての性格を付与している解し、最高裁判所によって違憲と決定された法律は、当該事件の適用を排除するだけでなく、一般的に無効とする説と、「最高裁判所による法の合憲性の審査は、その法を存在せしめるや否やを決定するため」<sup>222</sup>であり、その論拠は、憲法 98 条により憲法に反する法律などは効力を有しないとされている以上、違憲審査の終審裁判所である最高裁判所によって違憲とされた法律は当然に無効とするが、憲法 81 条によって最高裁判所は違憲審査のみを行うものではないとする説もある。ただいずれも、個別的効力のみとすると、違憲とされた法律が当該事件のみとされるため、法律そのものが有効な法律として残ってしまい、法的安定性・予見性を著しく欠き、また不公平を生んで憲法 14 条の平等原則にも反する<sup>223</sup>。最高裁判所は憲法 81 条により終審裁判所という地位を与えられているからこそ、違憲判決には法律の廃止を含めた一般的効力を認めるべきとする。

## C 法律委任説

法律委任説とは、憲法は最高裁判所の違憲判断について個別的効力・一般的効力いずれも一義的に定めていないため、法律の定めるところに委ねられていると解する。憲法自体が一義的に定めていない以上、個別的効力・一般的効力どちらも許容されると解することができる。また比較法的にみると裁判判決の効力は、独立審査制・付随的審査制のいかに問わず、法律事項とされている。例えばドイツ連邦憲法裁判所の判決の効力については連邦憲法裁判所法（BVerfGG）によって定められていて、さらに日本においても現在の民事訴訟は確定判決の効力を法律（民訴法 115 条）で定めている<sup>224</sup>。以上の論拠から最高裁判所の違憲判決の効力は法律で定めるべきであるとする。

### （2）新たな学説の展開

以上の 3 つの主な学説は、最高裁判所が違憲審査権を発動し、憲法に適合しないとする判断を含む判決をした場合、通常の判決そのものの効力とは別の効力について、どう扱うのかという議論となっている。そして、現在個別的効力説が通説となっているが、近年ではこの個別的効力説を基に憲法判断の持つ特別の法的効果（立法府や行政府に違憲判決の影響を及ぼそうとするなど）あるいは意味を見出そうとする学説が増えている。例えば、最高裁判所の違憲判断によって、国会や政府が裁判所の違憲判断を尊重し、国会は法律を改廃し、

---

<sup>222</sup> 佐々木惣一『改訂日本國憲法論 補正版』（有斐閣、昭和 29 年）361 頁。

<sup>223</sup> 野中、前掲書 114 頁。

<sup>224</sup> 大石真『憲法講義 I（第 2 版）』（有斐閣、平成 21 年）238 頁。

「さらに訴訟の形態に応じた特例的な効果を法定することができるという前提に立った規定も多くみられるとする。例えば行訴法 32 条など」

政府は法律の執行を控えるとする礼讓期待説<sup>225</sup>、憲法 81 条の「決定する権限」に着目して、憲法に違反するか否かを決定する以上、その決定に何らかの義務を発生させ、国会は当然最高裁判所の違憲判断に拘束され、その法律を改廃する義務を負うとする説（法的義務説）<sup>226</sup>、義務とまではいかないまでも、国家には違憲とされた法律を改廃することが、また内閣にはその執行を差し控えることが「要請」されるとする説<sup>227</sup>、違憲判決の法的効果について個別的効力としつつ、最高裁判所の違憲判決には「インパクト」があり、憲法裁判が政治過程や社会に影響を及ぼし、効果をもたらすことで、それに刺激されたさまざまな反応や対応が生まれるとするインパクト論<sup>228</sup>などである。これらの新たな説は個別的効力説を前提としつつ、違憲とされた法律の扱いについて論じている学説となる。

またわが国の違憲審査は付随的なものであり、かつ憲法 41 条を考慮すると、最高裁判所の違憲判決に法律を廃止する強い効力が当然に生じると考えるのは無理だが、違憲と判示された法律は一般に執行されないことになるという弱い効力は生じるとする説もある<sup>229</sup>。これは、一般的効力説に立ちつつ、法律を無効にすることは立法行為とみなされることを避けるために、その効力は弱いものであるとする。

さらに最高裁判所が判決の効力を自ら決定できるとする裁判所委任説もある<sup>230</sup>。その論拠は今日では、最高裁判所は、違憲無効判決と違憲確認判決（選挙訴訟など）を選択することができる。このような判決手法の選択は、違憲判決の効力の選択と結びついている。最高裁判所がいかなる事件にいかなる判決の効力がふさわしいかを具体的に検討すべきとする。

### （3）学説の分析

従来の学説を見るに、個別的効力説以外は最高裁判所の違憲判決に何らかの法的効力などを見出し、持たせようとしている。さらにこれらの説に加えて、近年では最高裁判所の違憲判決は個別的効力であるとしつつ、他の国家機関に対する効果や意味を見出そうとしているものが多い。そこでは一般的効力説の趣旨を取り込む傾向にあり、憲法は最高裁判所の法令違憲の判断に、個別的効力を超える一般的効力を要求していると解すべきか否かという形で学説が展開している<sup>231</sup>。ただ一般的効力説や何らかの法的義務があるとする学説以外は、憲法 41 条で国会は「国権の最高機関」と明記されており、これを政治的美称と解するにしても、国民から直接選ばれているからこそ国家のルールである法律を制定・改廃できる立法権を持っているのであるから、判決の中での違憲判断の法的効力ないし効果によっ

---

<sup>225</sup> 橋本公巨『日本国憲法』（有斐閣、昭和 55 年）633 頁。

<sup>226</sup> 大西芳雄『憲法の基礎理論』（有斐閣、昭和 50 年）180 頁。

<sup>227</sup> 野中、前掲書 122 頁。

<sup>228</sup> 戸松秀典『憲法訴訟（第 2 版）』（有斐閣、平成 20 年）404 頁。

<sup>229</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論（第 2 版）』（成文堂、令和 2 年）721 頁。

<sup>230</sup> 工藤達朗「「違憲判決の効力」論の再検討」『法政理論』 39 卷 4 号（平成 19 年）、204 頁。

<sup>231</sup> 野中、前掲書 117 頁。

て法律を改廃することはできず、結局事実上の効果や意味しかないことを強調するにとどまっている。

この事実上の効果や意味を見出すことの根拠として、最高裁判所の終審裁判所という地位が用いられている。つまり、終審を強調することで他の裁判所の違憲判断と区別しようとしている。個別的効力説では最高裁判所の違憲判断に一般的効力を否定する、つまり終審というのは通常の訴訟の中での最後という意味と解している。他方で最高裁判所の終審という地位は下級裁判所を終審としてはならないと解することができ、同じ違憲審査とはいえ最高裁判所は別扱いとする。個別的効力説を前提とする礼讓期待説などでは最高裁判所の違憲判決を特別視して、その判断を尊重する必要がある、最高裁判所の違憲判断だからこそ各国家機関に対して行動が要請されるとなどとしている。

一般的効力説では、特にこの最高裁判所の終審としての地位に着目している。終審裁判所であるからこそ違憲審査の最終判断権を持ち、その判断に他の国家機関は拘束される（効力が及ぶ）とする。しかし、やはり民主的正当性をもつ国会の役割である立法権行使に対して、裁判所の判決が法律の改廃に対して効力を発揮することは国会活動への介入となりかねず適切とは言えない。あくまで司法権行使の中、訴訟の中で違憲審査が行われ、事件解決を目的とするため、法律そのものを無効にしてしまうことは難しいとする。

ただ一方で最高裁判所は違憲審査の終審裁判所としての権限を持っており、事件解決のためだけの存在とはいえない。また、最高裁判所の違憲判決においては、法令の違憲性に対する一般的な判断が行われており、まさに憲法 81 条によって与えられた権限と地位を実現しているとみることができる。それ故、地位に基づく何らかの効力があると考えられることは否定できるものではない。

結局これは憲法が違憲判断を下した場合について定めていないことが原因である。現状では憲法 81 条により最高裁判所が違憲と最終的に決定し、それを受け 98 条によりその法律などの効力がなくなる。この点について 98 条は単に「効力を有しない」としているだけであり、これが無効を意味するのか、単に有効なものとして扱わないことを意味するのか<sup>232</sup>、はっきりしない。

しかし、憲法 81 条により最高裁判所が終審として「憲法に反する」と決定すれば、憲法 98 条に基づきその法律は「効力を有しない」とされるため、違憲とされた法律が残ったままでは憲法秩序が維持されているとは言えない。ただ、国会は「国権の最高機関」とされる以上、裁判所が 98 条に基づき法律の「効力」を失わせるわけにはいかない。違憲判決により単に有効な法律として扱わないのであれば、98 条により行政府は効力のない法令は執行できなくなる。とはいえ、98 条は 41 条（国権の最高機関）との関係からそれ以上の意味で

---

<sup>232</sup> 高橋和之『体系憲法訴訟』（岩波書店、平成 29 年）332 頁。

「効力を有さない」は、「効力を有するものと扱ってはならない」という禁止命令を意味すると解することも可能である。もしそうだとすれば、判決で違憲と判断されればその法律は有効なものとはされなくなり、行政はその法律を執行できなくなる。

ある法律そのものの存在を無きものにする根拠にはならない。新たな学説が示すように個別的効力説を前提としつつ、最高裁判所の違憲判断は立法府や行政府にどのような効力が及ぶのか。その効力の具体的な内容を論じる方が妥当ではないかと思われる。

個別的効力説を前提する学説では、一般的効力説のように法律の存在を無きものにすることは憲法 41 条との整合性から厳しい。結局、違憲判決が出た場合に、国会に対しては「無効」とする判断の効力が及ぶとしても、立法行為に介入することはできない。日本国憲法の草案の段階であった「違憲判決に対する国会の再審査権」があれば、最高機関に対して判決の効力が及んでも問題はない。しかし、この規定が削除され、国会が最高機関とする 41 条は残ってしまった。そこで、憲法 98 条を介した違憲判決が国会にどのように及ぶのかという課題が発生してしまった。それ故、法律に対する違憲判断の取り扱いについては、憲法上何らかの特別の規定を置く必要がある。例えば、裁判所規則制定権や内閣の政令制定権など、立法行為については憲法上、例外規定も置かれており、違憲判決の効力についても憲法に規定しておくべきであろう。少なくとも国会の持つ立法権の行使に影響を及ぼす以上、違憲判決の取り扱いについて憲法改正を視野に入れた議論を行う必要はあるといえる。

### 3 違憲判決の現状からみる違憲審査

#### (1) 違憲判決の現状

##### A 尊属殺重罰規定事件<sup>233</sup>

この事件では、刑法 200 条の尊属殺重罰規定の合憲性について審査が行われた。最高裁判所は、「刑法 200 条は、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役刑のみに限っている点において、その立法目的達成のため必要な限度を遥かに超え、普通殺に関する刑法 199 条の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ、憲法 14 条 1 項に違反して無効であるとしなければならず、したがって、尊属殺にも刑法 199 条を適用するのほかはない」として、200 条の適用を排除した。

最高裁判所は、刑法 200 条は無効であるとしつつ、当該事件への適用を排除した。つまり、個別的効力説的な判決となっている。しかし、この判決を受けて最高検察庁(行政)は、以後の尊属殺人事件に関しては刑法 200 条を適用せず、刑法 199 条の普通殺人罪を適用して捜査および公訴の提起をすべきとし、すでに裁判所に係属中の尊属殺人の事件に関しては、罪名および罰条を刑法 199 条の普通殺人罪に変更する処置を取るべきと指示した<sup>234</sup>。判決後、行政側は刑法 200 条が無効とされた以上、有効な法律として扱えなくなり、執行

<sup>233</sup> 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁。

<sup>234</sup> 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』(有斐閣、平成 7 年) 402 頁。

できなくなったとみることができる。つまり、行政は事実上最高裁判所の違憲判断に拘束され、一般的に刑法 200 条を無効（使えなくした）とみることもしる。

他方、国会は最高裁判所事務処理規則 14 条に基づき裁判書送付を受けて、それぞれ各議院法務委員会において討議はなされたが、刑法 200 条を廃止するという段階にまでは至らなかった。その後平成 7 年の刑法改正の際に同条は削除された。しかし、判決では立法目的は合憲とし、その手段である刑罰だけが不平等で憲法違反とされにもかかわらず、平成 7 年の刑法改正で違憲とされた刑法 200 条を全面的に削除した。これは国会が最高裁判所が判決で示した違憲判断と異なる対応したものといえる。

## B 薬事法距離制限規定事件<sup>235</sup>などの違憲判決

薬事法距離制限規定事件では、薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法 6 条 2 項、4 項（これらを準用する同法 26 条 2 項）が、憲法 22 条 1 項で保障する職業選択の自由を侵害するか審査された。最高裁判所は薬事法の規定は「不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものといえることができないから、憲法 22 条 1 項に違反し、無効である」と判示し、本件適正配置規制はその必要性和合理性を肯定しうるにはなお遠いものであり、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるとした。

この判決に対して行政は判決が下された昭和 50 年 4 月 30 日の当日に、当時の厚生省から各都道府県知事に対して、厚生省薬務局長名で「本日、最高裁判所において薬局業の適正配置規制に関し、別添のとおり違憲判決があった。…当面、薬局等の許可にあたって適正配置条例の適用をしないこととされたく」<sup>236</sup>という文書が送られ、同法の適用を一般的に排除した。他方、国会でも違憲判決から約 1 か月半後の昭和 50 年 6 月 6 日に問題となった薬事法の距離制限規定を削除する法改正がなされた。

このような事後措置を見ると、行政も立法も違憲判決に一般的効力があるかのように対応していることがわかる。ただ行政も立法も最高裁判所の違憲判断を尊重し、自主的に行動しただけで、何らかの法的根拠があつて動いたわけではない。

同じように①森林法 186 条（共有林の分割制限）が憲法 29 条 2 項に違反するとした事件<sup>237</sup>、②郵便法 68 条及び 73 条が憲法 17 条に違反するとした事件<sup>238</sup>、③非嫡出子の法定相続分は嫡出子の 2 分の 1 であるとする民法 900 条 4 号ただし書前段は、遅くとも平成 13 年 7 月の時点では憲法 14 条 1 項に違反するに至っていたとした事件<sup>239</sup>ではいずれも国会は素

---

<sup>235</sup> 最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁。

<sup>236</sup> 和田英夫「違憲判決の効力をめぐる理論と技術」『法律論叢』48 卷 4・5・6 号（昭和 51 年）20 頁以下。

<sup>237</sup> 最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁。

<sup>238</sup> 最大判平成 14 年 9 月 11 日民集 56 卷 7 号 1439 頁。

<sup>239</sup> 最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁。

早く対応し、1ヶ月から3か月の間に法改正がなされている。その一因としてこれらの事件では「何が違憲かについて判決理由で明確に述べられており、違憲とされた権利制限規定を削除あるいは最低限度必要な書き直しをすれば合憲の内容としうる問題であった」<sup>240</sup>ことから短期間で改正が実現できたともいわれる。

また、少し時間がかかっているものの違憲判決を受けて法改正がなされたのが、④在外日本人に対し、国政選挙における選挙権行使の全部又は一部を認めていなかった公職選挙法が憲法15条1項、3項、43条1項及び44条ただし書に違反するとした事件<sup>241</sup>、⑤日本国籍を有する父と外国人女性との間に生まれ、父親から生後認知を受けた非嫡出子について、父母が婚姻しなければ、日本国籍を取得できないとする国籍法3条1項が憲法14条1項に違反するとした事件<sup>242</sup>、⑥女性の再婚禁止期間を100日を超えるものとしている民法733条1項は過剰な制約であり、遅くとも平成20年の時点では憲法14条1項、24条2項に違反するに至っていたとした事件<sup>243</sup>である。④では判決後約9か月たった平成18年6月7日に法改正され、⑤では約半年後の平成20年12月5日に法改正され、⑥では約7か月後の平成28年6月1日に法改正された。これら違憲判決後は、少なくとも1年以内に法改正がなされている。また⑤では法務省民事局は、同様の状態にある子どもから国籍取得の申請があった場合、可否を判断せずに申請書を預かるよう、全国の法務局に指示している。さらに、⑥では法務大臣が違憲判決を受け離婚届の取り扱いについて市区町村に通知した。つまり、違憲判決により国会が法改正を行い、政府も執行を止めたとみることができる。

これらの違憲判決では、判決によって法律が一般的に無効とされたわけではなく、それぞれの事件において違憲とされた法律の適用を排除しているだけであること、立法府と行政府もそれぞれ判決に従って事実上動いていたにすぎないこと、これらのことを考慮すると最高裁判所は違憲判決を個別的効力として取り扱っていると考えられる。国会は事後措置として判決により法改正は行っているが、それについての法的根拠はなく、法改正へ向けた措置も法的に拘束されているわけではない。行政府についてもその対応は憲法98条を用いて説明できるが、同条に基づいているかどうかは明らかではない。

### C 議員定数不均衡事件<sup>244</sup>

この事件では公職選挙法13条、別表第1及び同法附則7項ないし9項による選挙区及び議員定数の定めた議員定数配分規定に従って実施された選挙は憲法14条及び44条ただし書に違反するとされた。最高裁判所は「本件選挙は憲法に違反する議員定数配分規定に基づいて行われた点において違法である旨を判示するにとどめ、選挙自体はこれを無効としない

---

<sup>240</sup> 高橋和之、前掲書337頁。

<sup>241</sup> 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

<sup>242</sup> 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

<sup>243</sup> 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁。

<sup>244</sup> 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁。

こととするのが、相当であり」、「右規定及びこれに基づく選挙を当然に無効であると解した場合、これによつて憲法に適合する状態が直ちにもたらされるわけではなく、かえつて、右選挙により選出された議員がすべて当初から議員としての資格を有しなかつたこととなる結果、すでに右議員によつて組織された衆議院の議決を経たうえで成立した法律等の効力にも問題が生じ、また、今後における衆議院の活動が不可能となり、前記規定を憲法に適合するように改正することさえもできなくなるという明らかに憲法の所期しない結果を生ずるのである。それ故、右のような解釈をとるべきでないことは、極めて明らかである」と判示した。本件では、公職選挙法の規定が選挙権の平等を侵害し違憲であるとしながら、その違憲とされた規定で実施された選挙自体は無効としないとする「事情判決」の法理を用いた判決となった。

この判決は前述の違憲判決と違い、違憲と判断しておきながら無効としなかつた。違憲＝適用排除という構造が崩れたということになる。事情判決の法理を採用したことにより、当該違憲判決は違憲宣言判決ないし違憲確認判決と捉えられている<sup>245</sup>。この判決に対して国会は実質的に何もしなかつた。とはいえ、本判決の1年前にすでに公職選挙法の改正が行われ、選挙区における議員1人当たりの人口較差は是正されており、選挙権の不平等は改善されていた。それゆえ、国会は積極的な行動に出なかつたとみることができる。

違憲判決の効力の観点から見れば、個別的効力説でも説明するのが難しい判決であり、事後対応を見ると一般的効力説的な面も見られない。この判決は違憲審査の類型の中でも特殊なものといえよう。

## (2) 違憲判決の効力と立法府・行政府の対応

前述の判例では、まず判決理由の中で法令そのものの意義や制定過程などの背景を述べ、いかなる場合に違憲となるかを示したうえで、それを当該事件に当てはめて違憲審査を行い、それぞれ「憲法〇〇条に違反する」ないし「憲法〇〇条に違反し、無効とする」と判示している。具体的には法令が憲法に違反するかどうか、その規定と憲法上の規定(人権など)との関係性を一般的に審査し、判断したうえで、それを個別の事件に当てはめて違憲審査を行っている。つまり、違憲審査そのものは事件解決のために行われ、憲法に違反する場合はその適用を排除しているのであり、法令の適用を排除するのが違憲判決の法的効力といえる。これらの判例を見るに、ほとんどの違憲判決では違憲とされた法律の適用が判決により排除されているだけであり、最高裁判所での違憲判決は個別的効力しか持たないといえよう。ただし、議員定数不均衡事件では、最高裁判所は個別的効力を前提にしていないともいわれる<sup>246</sup>。というのは、最高裁判所は違憲判決を下した場合の影響についても考慮したうえで、公職選挙法の議員定数配分規定を違憲としており、当該事件について適用を排除せず

<sup>245</sup> 野中、前掲書132頁。

<sup>246</sup> 工藤、前掲論文202頁。

選挙を無効にしなかったということは、最高裁判所がその効果が当該事件に限らず他にも及ぶことを考慮したからとみることができるからである。

またこれらの判決で最高裁判所は違憲とされた法律についての一般的な憲法適合性に関する解釈を行っていると思われる。そして憲法適合性に関する一般的な解釈が示されたと考えれば、行政府（内閣）がこれらの事件以外でも法律を適用しないようにと通達を出す根拠になりうる。つまり、憲法違反とされた法律は憲法 98 条により「効力を有さない」とされるから、政府も執行を取りやめる、あるいは執行を停止せざるを得なくなると説明できよう。政府は少なくとも尊属殺罰規定事件や薬事法距離制限規定事件などでは一定の事後措置まで講じている。

立法府（国会）については、尊属殺重罰規定事件のように法令が死文化し、国会の法務委員会で議論はなされたとはいえ、違憲とされた法律が平成 7 年まで 20 年以上放置されてしまった例もある。国会は主権者国民の代表であり、そこで制定された法律を裁判所が判決で無効にしてしまうのは消極的立法行為となることから、最高裁判所が違憲判決によって法律を一般的に無効にしてしまうことは民主的正当性の観点から認めることが難しいと考えられた事例かもしれない。

また違憲判決を見ると、違憲審査は個別の事件解決のために行われるものの、判決理由ではその規定に関する一般的な解釈を行い、議員定数不均衡事件では他への効力まで考慮していることを考えると、やはり違憲判決の効力は個別的効力だけでは説明しきれないと思われる。また最高裁判所事務処理規則 14 条では、内閣や国会にも違憲審査の内容を送付することになっている。しかし違憲審査が個別の事件を解決するだけならば、わざわざ知らせする必要もなからう。

議員定数不均衡事件では国会は何も動かなかったが、これを除けば各判決において政府や国会は判決の趣旨にのっとり、内閣は法律の執行を止め、国会は法改正を行っている。しかし、国会は尊属殺重罰規定事件では判決後法改正をしなかった<sup>247</sup>。

このように国会や内閣の対応は事件ごとに異なっており、違憲審査の安定性という点で疑問が生じる。行政府に対しては憲法 81 条や 98 条によって判決に法的効力を見出せなくはないが、そもそも憲法 98 条は法令や国務行為の効力についての規定であり、行政府を対象としたものではない。また、最高裁判所は判決の効力について明確に述べているわけでないから、当該事件を超える判決の効力について法的根拠を見出すことは難しい。単に違憲判決の結果を受けてそれぞれが憲法 98 条の趣旨を踏まえてその判断を尊重している状況といえよう。つまり、違憲判決についての事後措置をみると、立法府や行政府も事実上の効力を認めるといったこれまでの慣習に従っているだけといわざるを得ない。そのため違憲判決の内容を無視することもできる。このような不安定な原因は事後措置のあり方について法的根拠がなく、違憲審査の結果をどう考慮するかは立法府や行政府の自主判断に委ねられ

---

<sup>247</sup> さらに、最高裁判所が判決で示した違憲判断通りに改正せず、200 条そのものを削除してしまった。

てしまっていることにある。それ故、尊属殺人重罰規定事件において最高裁判所で違憲とされた法律が20年以上も放置されてきたようなことを再び繰り返さないためにも、違憲判決の効力や立法府・行政府の対応のあり方については単に慣習に任せるのではなく、何らかの法的根拠を定めるべきであると思われる。

#### 4 違憲審査のあり方と憲法改正

##### (1) 憲法81条における最高裁判所の権限と地位

最高裁判所は憲法81条によって「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所」とされる。この条文でポイントとなるのが「決定する権限」と「終審裁判所」の意味である。前者は最高裁判所の権限（違憲審査権）を意味し、後者はその地位を意味する。

##### A 最高裁判所の「決定する権限」

憲法81条は最高裁判所が違憲審査権を独占し、下級裁判所にはその権限がないという意味ではない。判例でも「憲法81条は、最高裁判所が違憲審査権を有する終審裁判所であることを明らかにした規定であつて、下級裁判所が違憲審査権を有することを否定する趣旨をもっているものではない」<sup>248</sup>と判示しているように、下級裁判所にも違憲審査権がある。しかし、判例上いくら下級裁判所にも違憲審査権があるといってもそれはあくまで判例、つまり解釈によって権限が明確にされているにすぎず、最高裁判所は憲法自身が違憲審査権（決定する権限）を有すると明記している以上、下級裁判所の違憲審査権と異なるものと考えすることはできないだろうか。佐藤幸治教授は『『付随的審査制』だとする判例や通説の具体的な中身』については「わが国では、合衆国流の『付随的審査制』だとされながら、その実は当初から『特殊機能』的側面がかなり意識されている」<sup>249</sup>と指摘し、また「裁判所とりわけ最高裁判所が違憲審査を通じて国民の権利・自由や憲法価値を実現する方法は、『付随的違憲審査』ないし『具体的違憲的審査』というわくのなかで従来ともすれば考えられがちであったよりも多様なものであること、またありうることが留意されるべき」と、わが国の付随的審査制は特殊な機能を持ち合わせており、特に最高裁判所の違憲審査は特殊性を有するものである、とする。この特殊性は最高裁判所が「終審裁判所」という地位によるもの

<sup>248</sup> 最大判昭和25年2月1日刑集4巻2号73頁。

<sup>249</sup> 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、昭和63年）218～219頁。

といえるのではないか<sup>250</sup>。事実、朝日訴訟<sup>251</sup>や皇居前広場事件<sup>252</sup>において、最高裁判所は「なお、念のため」として事件解決とは関係なくとも違憲審査を行い、さらに判決の中で法律などに対する一般的な審査まで行っている。

これはまさに最高裁判所が最終的に「決定する権限」を憲法上有しているからであると考えられる。ところがたとえ最高裁判所と下級裁判所の違憲審査が異なるものであるとしても、憲法に具体的な根拠の内容が明記されているわけではない。従来の違憲判決の例から見て、最高裁判所の違憲判決は当該事件での法令の適用を排除する効力（個別的効力）もつ以外は、事実上の効力（憲法 98 条を介した一般的効力）を持つにとどまる。例えば、違憲判決に対する国会の対応を見ると、確かに薬事法距離制限事件や森林法分割制限事件などでは違憲とされた法律を速やかに改正しているため、判決には「一般的効力」があると解することもできる。しかし、これら対応には法的根拠もなく、事実上の効力が発揮されたにすぎない。強いて言えば違憲判決は、憲法 98 条によって有効なものとして扱うことができなくなるだけである。そして、その効力が否定されれば、政府はその法律を執行することができなくなるぐらいであろう。しかし、国会に対しては、そのような効力さえ期待できない。例えば憲法 99 条の憲法擁護尊重義務から国会に法律の改廃を義務付けることができると解せなくもないが、同条の憲法尊重擁護義務は倫理的・道徳的なものとされる<sup>253</sup>ためやはり難しいといえよう。このように考えると国会の行動を拘束することもできない。まして国会は「国権の最高機関」（41 条）とされており、その行動を拘束するためには明確な憲法上の根拠を必要とする。したがって、違憲判決の効力とはいっても、結局は事実上の効力にとどまってしまうことになる<sup>254</sup>。

## B 「終審」裁判所という地位

憲法 81 条は最高裁判所を違憲審査の「終審」裁判所としており、最高裁判所は違憲審査の最終判断権を有する裁判所である。

この地位について、例えば、個別的個力説をとる、清宮教授は「最高裁判所は終審であり、下級裁判所で違憲問題が争われるときは、下級裁判所で終審的に決定することは許されな

---

<sup>250</sup> その違いが明確になっているのが、上告制度である。民訴法 312 条、317 条、刑訴法 405 条、刑事訴訟規則 254 条 1 項など。

<sup>251</sup> 最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 卷 5 号 1043 頁。

<sup>252</sup> 最大判昭和 28 年 12 月 23 日民集第 7 卷 13 号 1561 頁。

<sup>253</sup> 佐藤功『憲法（下）』（有斐閣、昭和 59 年）1296 頁。

<sup>254</sup> 前述のように、日本国憲法制定過程で当初の改正案では最高裁判所に違憲判決に対して、国会は「再審査権」を有していた。つまり、憲法秩序の保障の観点から最高裁が違憲と判断するのは当然であるが、他方で国会は「最高機関」とされていた以上、再審査権を有することは当然であった。しかし、その後国会の「再審査権」のみが削除されたことで、違憲判決と「最高機関」の関係があいまいになってしまった。そのため、違憲判決の効力についてどのような内容のものになるのかもあいまいになり、現在は「違憲判決にかんがみ」国会が改廃作業を行うという慣習が成り立っている。

い」<sup>255</sup>としている。また、一般的効力説では、最高裁判所の違憲判決は当該事件だけではなく一般的にその効力が及ぶとしている以上、下級裁判所の違憲判決とは異なる扱いがなされている。さらに法律委任説でも憲法は最高裁判所の違憲判決の効力について特段定めていないため、法律で定めるべきであるとしている。

しかし、憲法 81 条は違憲問題に対して最高裁判所が最終的に「決定する権限」を有し、「終審裁判所」としているだけで、違憲判決について法的に最高裁判所と下級裁判所の違いを認めているわけではない。それ故、最高裁判所の地位にふさわしい権限や判決の効力を何ら化の形で法的に明らかにし、下級裁判所の違憲審査との差を憲法上明確にすべきではないかと思われる。

## (2) 違憲判断の在り方

このように、現行憲法は、最高裁判所を法令などが憲法に違反するか否か決定する権限を有する終審裁判所としているにもかかわらず、一般的に違憲判決の及ぼす具体的な効力の内容については何らの定めもない<sup>256</sup>。

そこで、憲法を改正して最高裁判所にドイツ流の抽象的審査を行う憲法裁判所的機能も持たせようとする議論がある<sup>257</sup>。しかし、それは決して簡単ではなく、様々な問題がある。例えば、ドイツ連邦憲法裁判所でも問題となっている「連邦憲法裁判所の性格をどのようにとらえるのか、すなわち、連邦憲法裁判所をあくまでも「裁判所」とみるのか、それとも連邦憲法裁判所が「裁判所」であると同時に「政治機関」でもあることを強調するか、という原理的問題<sup>258</sup>が控えている。もし憲法裁判所的機能を導入した場合、最高裁判所は第四権的な存在となり、党派的・政治的な影響を受けることにもなる。現在の最高裁判所裁判官の選出方法についても党派的とみることもできなくはないが、最高裁判所はあくまで事件解決を主眼に置く司法裁判所であり、憲法裁判所よりは党派的な影響は少ない。しかし、もし憲法裁判所的な機能を導入することになれば、政治的な影響を受けることは間違いな

---

<sup>255</sup> 清宮、前掲書 372 頁。

<sup>256</sup> しかし他方で、前述のように憲法 98 条は違憲判決の効力を示していると解せる。憲法 81 条と 98 条はセットで考えるべきものであり、さらに第 1 次裁判所法案にあった憲法の最高法規性（当時は憲法改正草案 94 条、現在の 98 条）に基づく国会や内閣に違憲判決を受けて措置を義務づけることは問題ないともいえる。

<sup>257</sup> 体表的な例としては、戸波江二教授が最高裁判所の一部に憲法問題を専門的に扱う部門に特化させ、抽象的審査制の導入を提唱している（戸波江二「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」曹時 51 巻 5 号 22 頁以下（平成 11 年）。）また畑尻剛教授は最高裁判所を「上告部」と「憲法部」に分けて、一般の裁判所が具体的事件の中で憲法問題が提起され、違憲と判断した場合に審理を中止して、「憲法部」に移送する具体的規範統制の導入を提唱している（畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題－選択肢の一つとしての憲法裁判所－」『公法研究』第 63 号（平成 13 年）121 頁）

<sup>258</sup> 岡田俊幸「ドイツ連邦憲法裁判所裁判官の選出手続の改革をめぐる議論について（2・完）」『法務研究』第 14 号（平成 29 年）26 頁。

い。日本は 70 年以上、付随的審査制で行ってきており、すでにこの制度が定着している。そこに第四権的な存在と言われる憲法裁判所的な機能を導入することは、民主的正当性の確保、裁判官の構成といった複雑な問題をかかえることになり、さらに司法裁判所の定義にも収まらなくなる。それ故、むしろ現在の付随的審査制の下で、最高裁判所の判決の効力を憲法に明記するような方法を探るべきであろう。

前述のように学説や判例を見ると違憲判決の効力は当該事件に関する個別的効力は別として、一般的効力を有するという場合も明確な法的根拠はなく、あくまで事実上の効力にとどまっている。それ故、まずはこれを法的に明確化すべきである。具体的には①違憲とされた判決によって当該法律そのものが失効する（無効となる）のか、②違憲の判断は裁判所以外の国家機関も拘束するのか否か、についてである。①については、無効にした場合、政府は当然法律を執行できなくなる。しかし、そもそも法律そのものあるいは該当する規定は国権の最高機関である国会の（民主的）手続きによって成立したものであり、これを無効にさせるのは立法作用に含まれるから、本来は国会がなすべきものである。②については、現在のところ違憲判決後、当該法令は国会で審議され、改正がなされている。また行政の対応を見ると、違憲とされた法律は判決直後に不執行とされ、事実上効力を失っている。このように考えると、法律そのものを直接無効にすることは難しいが、国会に対して改廃の議論に入るよう義務づけ、そのことを明記することは可能なのではなかろうか。つまり、最高裁判所が終審裁判所として違憲と判断した以上、国会にもその法令について改廃に関する議論をさせることは可能であろう。具体的には最高裁判所によって違憲判決が出されたとき、国会は速やかに対応し、改廃に関する議論をはじめなければならないといったように、対応を法的に義務づけるわけである。例えば、第 1 次裁判所法案 13 条に明記されていたように「最高裁判所は、法律、命令、規則又は処分が、憲法に適合しないとの裁判を為したときは、直ちにその旨を告示し、政府、その命令もしくは規則を出した行政庁またはその処分を為した行政庁に対し、裁判の正本を添えて、これを通知する。政府又は行政庁は、前項の通知を受けたときは、滞りなく、適當の措置をとらなければならない」とすることも可能である。「適當な措置」を国会に義務づけるということは、あくまで違憲判決を受けた法律の改廃に向けて国会の議論を促すことであり、法律そのものを無効（なきもの）にするものではない。それ故、国会の「最高機関」性を否定することにはならない<sup>259</sup>。そして国会の審議の間は、政府による執行を止めることもできる。もし国会での議論の結果、改廃がなされなければ、それはそれで国民の代表者の判断ということになる（実質的に初期の憲法改正草案にあった国会の再審査権の復活を含む）。そうなれば尊属殺人重罰規定事件のように最高裁判所の

---

<sup>259</sup> マッカーサー草案の段階では、最高裁判所の違憲判決に対して、国会の再審査を行わせ、3分の2以上の賛成で破棄することができた。つまり、草案段階ではまさに国会は「国権の最高機関」であった。しかし、のちに国家の再審査権は削除され、「国権の最高機関」が残った。とはいえ、国会は他の機関に比べ民主的正当性が高いのは事実であり、最高機関にふさわしいといえる。それ故、最高裁判所の違憲判決により、法律をすべて無効する、または国会に改廃を義務づけることは、憲法上困難と考えられる。

違憲判決が長い間不問に付されるようなことは回避されよう。また議論の結果、違憲判決と異なる結論（判決では目的は合憲、刑罰が違憲だったが、国会は全文を削除した）に至ったとしても、それも国民の代表者の判断でありその対応は許されよう。

以上のように立法（国会）に対する義務づけは立憲主義の維持、憲法秩序の維持のためであり、法律そのものを直接無効とはせずにあくまで国会に改廃の論議を義務づけ、判決に対する何らかの対応を示すようにすべきである。あるいは行政（内閣）に対して違憲判決により執行できなくなった法律の改廃案を国会に提出することを義務付けるよう、法的根拠を明記すべきである。政府については現行憲法下でも憲法 81 条から 98 条への連動<sup>260</sup>により違憲とされた法律を執行できないと解することが可能であるが、さらに改廃作業を義務づけることまで踏みこんで憲法に明記すべきであろう。

最高裁判所は終審裁判所であるが、それは単に審級制度の最後という意味だけでなく、憲法上最終判断権を有する裁判所であることを意味する。それ故、下級裁判所の違憲審査と最高裁判所の違憲審査は区別すべきであり、審査の在り方も異なる。だからこそ、その法的根拠を憲法に明確化すべきである。現行憲法のままでは終審裁判所の判断であるにもかかわらず、その効力や取り扱いが一定せず、場合によっては立法府や行政府は違憲判決を無視することも可能である。そこで、この問題を憲法改正論に含め、是正していくことが必要であると思われる。

## 5 おわりに

現行憲法下での違憲審査については最高裁判所が終審であること以外、憲法に明記されていない。そのため、最高裁判所の違憲判決は、憲法 98 条を介した事実上の効力しか持たない。それ故、最高裁判所の地位にふさわしい違憲判決の効力やその内容についてその根拠を憲法上に明記すべきといえよう。現在の違憲審査には判決の効力という観点から見て限界があり、このままでは最高裁判所の地位、すなわち終審裁判所としての地位にふさわしくはない。それ故、違憲判決の効力という観点から最高裁判所にはその地位にふさわしい権限を明記すべきである。つまり立憲主義を維持し、憲法秩序を守るためにも違憲判決の効力に関する根拠を最高裁判所に与え、それによって、最高裁判所の「憲法の番人」としての地位をより明確なものにする必要があるだろう。

とはいうものの、最高裁判所の違憲判決の効力を憲法に明記するとしても、内容次第では、三権分立に反することになりかねない。それ故、三権分立とのバランスを考え、そのうえで

---

<sup>260</sup> 憲法 98 条は「効力を有さない」としているだけであり、国会や内閣に対して有効なものとして扱わないよう命じるものでない。その点をはっきりさせる改正が必要であるといえよう。

違憲判決の効力を憲法にどのように明記するか結論付ける必要がある。特にわが国は三権分立とはいえ、国会を「国権の最高機関」としている。これを単なる政治的美称と捉えず、本来の意味での最高裁機関、つまりマッカーサー草案の段階での「最高機関」と捉え、当時存在した国会の違憲判決に対する実質的な「再審査権」を復活させることも可能であろう。場合によっては、憲法上違憲判決の効力については法律に委ねるという方法も考えられる。いずれにしても違憲判決の効力の内容について、特に改廃作業への義務づけなどを明記すべきであり、それにより最高裁判所の憲法秩序の保障を担う「憲法の番人」としての役割が一層明確になると思われる。

## 第4節 違憲審査制の類型に関する機能と目的

### —その普遍性と固有性—

#### 1 はじめに

日本国憲法が制定されて70年過ぎたが、この憲法秩序の維持のため重要な役割を担ってきたのが、憲法第81条の違憲審査制である。この違憲審査制は、「付随的審査制」と「抽象的審査制」ないし「集中型」と「非集中型」に分類され論じられてきた。そして、原則として付随的審査は非集中型であり、抽象的審査は集中型といわれている<sup>261</sup>。さらに、前者は権利保障を目的とし、後者は憲法保障を目的と解されている。ただ、これだけでは説明しきれない部分もある。

例えば、従来わが国の違憲審査制は、付随的審査制であり権利保障を目的とすると説明されてきた。すなわち、事件解決の範囲内で違憲審査権を行使する類型である以上、個人の権利を守ることに主眼を置くものである<sup>262</sup>。しかし、事件解決だけではなく、憲法問題を直接最高裁判所に持ち込む制度や上告制度などをみると、憲法保障的側面も有しているとみることができ、この通説的見解だけでは説明しきれない部分がある。

そもそも、違憲審査制の目的は権利保障と憲法保障に峻別され得るのか。この議論の背景には、違憲審査制の持つ目的の普遍性と方法の固有性というものが存在しているのではな

---

<sup>261</sup> Cappeletti/Ritterspach, "Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung" *Jahrbuch des öffentliche Recht der Gegenwart Bnd.20*(1971),65ff.

<sup>262</sup> 浦部法穂『憲法学教室 全訂第2版』（日本評論社、平成19年）362頁。

いだろうか。そこで、このような視点から、本節では違憲審査制の類型論を概観し、その機能と目的を再検討することによって、違憲審査制の普遍性と固有性について考えてみたい。

## 2 類型論について

違憲審査制は、憲法の最高法規性の確保と国民の憲法上の権利の保障を行おうとするものである。すなわち、憲法自身が自らの秩序を維持するために作り上げた制度であるといえる。これによって用いて、国民の権利を不当に侵害する違憲な法律や国家行為、さらに憲法秩序そのものを破壊しかねない法律や国家行為を無効にし、憲法秩序を守る。これを憲法保障制度という。

違憲審査制は優れた憲法保障の制度として、今日では多くの国々の憲法が採用するに至った。この制度は、19世紀初頭にアメリカにおいて確立された<sup>263</sup>。他方、ヨーロッパ諸国は、19世紀は「議会の世紀」といわれ、議会が最高権威を有し、国民の信頼を得ていた時代であり、裁判所は極めて低い地位にあった。しかし、ファシズムの台頭により行政権のみならず、議会の制定法による人権侵害などが行われたため、第2次世界大戦後はこの経験を踏まえ、ヨーロッパ各国が違憲審査制を導入するに至った<sup>264</sup>。

違憲審査制は、各国に採用されたが、それぞれの国の歴史的背景や法思想の違いなどにより制度そのものは様々な形態を採っている。そもそも、広義の違憲審査制という場合は、立法機関に対して他の機関による違憲審査を認める制度を意味するが、本節では裁判所による違憲審査を対象とする（狭義の違憲審査制）。

この裁判所による違憲審査制は大きく分けてアメリカ型とドイツ型に分類される。まず、アメリカ型は、通常の司法裁判所が具体的事件の解決のために、その前提となる憲法問題に対して、当該事件に適用される法令あるいは国家行為の合憲性について審査する類型である。つまり、事件解決の範囲内で、必要に応じて違憲審査が行われる。また、事件に付随して違憲審査を行うことから「付随的審査制」とも呼ばれる。一方で、ドイツ型は通常の司法裁判所とは別の憲法裁判所によって法令あるいは国家行為の違憲審査が行われ、憲法裁判所が専門的に憲法問題を審査する類型である。これらは、アメリカ型とは違い具体的事件を離れて国家行為の違憲審査を行うことを目的としているので、一般的ないし抽象的にその行為の合憲性について審査することから「抽象的審査制」とも呼ばれている。

この類型論は、基本的に違憲審査の対象となる法令や国家行為などをどのような方法で審査するのかという観点から導き出されるものである。ただ、違憲審査制の類型論は、これ

---

<sup>263</sup> 松井茂樹『アメリカ憲法入門（第6版）』（有斐閣、平成20年）81頁以下。

<sup>264</sup> 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ 第4版』（有斐閣、平成19年）259頁以下。

だけではなく、どの裁判所が違憲審査を行うのかという観点から、「集中型」と「非集中型」とに分類する場合もある<sup>265</sup>。原則として、これらは前述の「付随的審査」と「抽象的審査」という類型論と結びつく。集中型では、憲法問題を扱う裁判所は専門化され、通常裁判所の系列外に置かれる一つの裁判所だけに集中して違憲審査を行う。つまり、専門的な憲法裁判所は際立った特殊な地位を有しており、その他の裁判所からすればアウトサイダーとなる<sup>266</sup>。つまり抽象的審査制は、前述のように国家行為など抽象的に審査することから、具体的事件とは関係なく違憲審査を行うものである以上、審級制度の外にある1つの裁判所が独占して専門的に違憲審査権を行使することになるので、集中型と結びつくことになる。これに対して非集中型の場合は、1つの裁判所が独占し、集中して違憲審査権を行使するのではなく、事件解決に関連して違憲審査を行うことから、すべての裁判所において違憲審査が行われる。つまり、付随的審査制は事件に関連して、その解決のために審査を行うので、違憲審査権が訴訟を扱う各裁判所に拡散しており、さらに審級制度を前提としていることから非集中型と結びつく<sup>267</sup>。しかし、具体的事件すなわち訴訟を扱う通常裁判所のトップに立つ最高裁判所は、その他の裁判所とは異なる最高機関であり、違憲審査の最終判断を下す終審機関でもあるため、特殊な地位にあるといえる<sup>268</sup>。

このように、付随的審査制・非集中型は、具体的事件を前提とする以上、個人の権利に関する憲法問題の審査が中心となる。そして、この組み合わせは、個人の権利保障を目的とする。一方で、抽象的審査制・集中型は、法律等や国家行為を具体的事件と関係なく一般的・抽象的に審査することから、憲法保障を目的とするといわれている<sup>269</sup>。

他方、これら類型論は接近傾向にあるといわれている<sup>270</sup>。例えば、ドイツでは抽象的審査制であるにもかかわらず、個人の基本権侵害の申立によって、その基本権侵害に対する救済を憲法裁判所に求める「憲法訴願手続」を導入した。これは、個人の基本権が対象とされるので、明らかに権利保障も視野に入れた制度である。他方、アメリカ型では、具体的事件となるための要件などを緩和することで、個人の権利保障を超えて客観的な訴訟、つまり憲法秩序そのものを維持することに近い制度が導入されている<sup>271</sup>。

以上のように、違憲審査制の類型論は審査方法からの類型論と審査機関からの類型論が

---

<sup>265</sup> Cappeletti/Ritterspach, a.a.O., S.82.

<sup>266</sup> Werner Heum "Rechtliche Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen" *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt - Teil 2*(2006)174.

<sup>267</sup> アルプレヒト・ヴェーバー、玉蟲由樹訳「憲法裁判の類型」ドイツ憲法判例研究会編『憲法裁判の国際的發展』（平成16年、信山社）66頁以下。

<sup>268</sup> Werner Heum, a.a.O., S.174ff.

<sup>269</sup> Cappeletti/Ritterspach, a.a.O., S.82ff. 榎原猛『基礎憲法』（法律文化社、平成4年）221頁～222頁。

<sup>270</sup> 野中・中村・高橋・高見、前掲書261頁。

<sup>271</sup> 野中・中村・高橋・高見、前掲書262頁。

あり、それぞれ権利保障・憲法保障といった異なった目的を有する。そして、それが接近傾向にあるとされる。

### 3 憲法保障と違憲審査制

現代の憲法においては、反憲法的な国家行為を排除し、憲法の最高法規性を守り、憲法秩序の中に憲法保障の装置ないし制度を設けるのが一般的である。憲法保障制度は、通常、憲法典の中に定められるもの、または超憲法的に根拠付けられるものの2つに大別できる。前者には権力分立制、厳格な憲法改正手続、公務員に対する憲法尊重擁護義務、違憲審査制などがある。後者には、抵抗権、国家緊急権等が挙げられる。そして、わが国も後者を除いて憲法典の中にこのような制度を設けている。憲法保障に関する諸制度のうち、違憲審査制は、最も有効な憲法保障の制度であるといわれているが<sup>272</sup>、違憲審査制の理論的根拠は憲法の最高法規性にある。しかし、前述のように違憲審査制は類型によってその目的が異なるとされている。

憲法の最高法規性の維持とは、憲法が他の法規などの最上位であること意味し、憲法を頂点とした法秩序を憲法秩序という。したがって、最高法規性を確保するということは、憲法秩序を維持することである。そして、この憲法秩序の基礎となる価値が基本的人権の確立、すなわち人権保障である<sup>273</sup>。つまり、憲法の最高法規性が確保されていなければ人権保障もままならなくなるであろう。突き詰めていえば、立憲主義の下では人権保障は憲法の最高法規性の確保＝憲法秩序の維持が重要になってくる。また逆に、人権を保障することは、憲法の最高法規性の確保＝憲法秩序の維持にもつながる。結局、違憲審査制の目的は憲法保障にある。

では、違憲審査制の目的が類型によって権利保障・憲法保障と分かれてきたのか。それは、違憲審査制の方法論の問題であり、違憲審査制本来の目的とは次元が異なる問題といえるであろう。そして、この方法論において前述のような接近傾向にあるといえる。例えば、付随的審査制であるアメリカにおいては、「具体的に訴訟となるための要件や違憲を争う適格を緩和すること」<sup>274</sup>としてより抽象的審査に近いものを導入すること、抽象的審査制であるドイツにおいては、国民が個別的な基本権侵害の排除を憲法裁判所に直接申し立てる制度である「憲法訴願手続」を導入していることなどがこれである。すなわち、接近傾向は、違

---

<sup>272</sup> 最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会『「憲法保障（特に、憲法裁判制度及び最高裁判所の役割）」に関する基礎的資料』（衆議院憲法調査会事務局、平成16年）2頁以下。

<sup>273</sup> 芦部信喜『憲法 第4版』（岩波書店、平成20年）360～361頁。

<sup>274</sup> 野中・中村・高橋・高見、前掲書262頁。

憲審査制そのものの目的ではなく、違憲審査の方法における接近の結果、生まれた違憲審査の機能の接近である。あくまで違憲審査の方法の段階における機能の接近であって、違憲審査そのものの目的の接近を意味するものではないといえるのではないだろうか。従来の違憲審査の目的といわれてきた権利保障と憲法保障というのは、機能の問題であるといえよう。つまり、具体的事件の解決の中で違憲審査を行うのか、または憲法違反の疑いのある国家行為や法令を具体的事件に関係なく審査するのか、その審査方法の段階での問題である。この段階において、前者は個人の権利が争われる具体的事件において違憲審査を行うものであるので、権利保障となる。一方で、後者は直接違憲の疑いがある法律やその他の国家行為を審査する以上、これは直接憲法保障を行うものであるといえる。しかし、審査方法において違憲審査の機能は分かれるにしろ、そもそも違憲審査制の存在根拠が最高法規性の維持にある以上、結局は違憲審査制の本来の目的を達成するため、すなわち、目的論的視点でみるとどのような方法であれ最終的には憲法保障につながっていくものである。

この憲法保障の達成のために、前述の方法論における機能の接近傾向とは別に、違憲審査制の類型そのものも接近傾向にあるともいえる。しかし、この目的の段階では、お互いの類型が歩み寄るというよりは、1つの形に接近する傾向にある。それが集中型である。本来、違憲審査制の類型論といえば、前述のように付随的審査制は非集中型であり、抽象的審査制は集中型であるといわれている。しかし、例えば、カナダはわが国と同じく付随的審査制であるにもかかわらず、例外的に法律に基づいて特別の許可を以て、専門的に憲法判断を行う<sup>275</sup>。また、アイルランドでは法律の違憲性に対する最上級裁判所への上告は常に認められている。これらは、付随的審査制を固有の方法としつつ、最上級裁判所で違憲審査の最終判断を受ける途を確保することで、最終判断権を1つの裁判所に集めているとみることができる。このようにすることで、憲法判断ないし憲法解釈を統一し、憲法保障へ寄与している。これらは、1つの裁判所に最終判断を委ねている、言い換えれば最終判断を集約している。

さらに、これら以外にも、変則的な形態をもつ違憲審査制も存在する。エストニアは憲法事項に関して特別に判決を下す機関を伴う審級制度上の最高裁判所（最上級通常裁判所）を持ち、スイスは憲法裁判に関する特別の権限を持った最上級通常裁判所としての最高裁判所を持ち、キプロスも審級制度上の最上級裁判所に憲法裁判所の機能をもたせている<sup>276</sup>。とりわけ、スイスは通常の審級制度における最上級裁判所である連邦裁判所は、同時に憲法裁判所でもある<sup>277</sup>。スイスの連邦裁判所は、通常裁判所として付随的規範統制を行い、連邦の権限訴訟、選挙争訟そして基本権保護といった独立型の専門的な憲法裁判所と同じよ

---

<sup>275</sup> Georg Brunner, "Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit in europäischen Raum" *Jahrbuch des öffentliche Recht der Gegenwart Bnd.50(2002)*, 236.

<sup>276</sup> Georg Brunner, a.a.O., S.246ff.

<sup>277</sup> Werner Heum, a.a.O., S.173ff.

うな権限を有している<sup>278</sup>。これらは、カナダなどと違い最終判断だけでなく、ドイツのような憲法裁判所的機能を、審級制度を構成し、その最上級に位置する通常裁判所にそのまま付与することで、憲法保障を果たしている。

以上の具体例からも見てわかるとおり、集中型・抽象的審査制と非集中型・付随的審査制の組み合わせは必ずしも厳格に区別されておらず、むしろ付随的審査制といえども1つの裁判所に何らかの形で違憲審査が集約される傾向にある。これも一種の集中型と呼べるのではないだろうか。しかし、ここでいう集中型とは、従来の集中型（ドイツ連邦憲法裁判所のような独立型）だけでなく最上級裁判所が違憲審査の最終判断権を独占しているかということも含め、広く捉える必要がある。

なぜ、集中型に接近する傾向にあるのかといえば、結局のところ憲法の最高法規性の確保＝憲法秩序の維持はどこか統一して判断する必要があるからである。それが独立して違憲審査を行う憲法裁判所または違憲審査の最終判断を行う最上級裁判所となる。つまり、各裁判所がばらばらに違憲審査を行ってしまえば、秩序は維持できず、解釈が乱立し、憲法保障が揺らいでしまう。憲法秩序の保障を担う最高裁判所だからこそ、憲法判断を集約する必要がある、集約する以上集中型に接近する傾向にあるといえるのではないだろうか。それが我が国の各訴訟法に存在する集中型的制度（民事訴訟法：特別上告、刑事訴訟法：跳躍上告、そして移送制度など）である。もちろん非集中型でも終審として憲法裁判所的機能を有することは可能である。

また、付随的審査制であろうと抽象的審査制であろうと集中型となる背景には、違憲審査制の普遍性と固有性というものが存在するのではないだろうか。それは、違憲審査制は目的論的視点に立てば、どのような審査方法であったとしても究極的には憲法保障を目的とする。つまり、憲法保障こそ違憲審査制の普遍性といえるであろう。そして、この普遍性を実現するために必ず違憲審査制は、どこか1カ所の裁判機関に違憲審査を行わせる、または最終判断を下すことになる。つまり、何らかの形で集中させているとみることができる。

しかし、一方で方法論的視点に立てば、違憲審査の方法は様々であり、憲法保障を実現するために個人の権利保護・救済に主眼をおいた方法なのか、それとも直接的に憲法秩序維持に主眼をおいた方法なのか、国々によってまちまちである。したがって、この違憲審査の機能的側面に、それぞれの国の違憲審査制の固有性が存在するのではないだろうか。各国は違憲審査制を導入するにあたり、それぞれの国の法制史ないし発展の中で形成されてきた。そして、そこには様々な形態が存在し、各国の違憲審査の固有性がある。それが、大別すると付随的審査制ないし抽象的審査制となる。つまり、この方法の側面に違憲審査制の固有性が存在しているといえるだろう。したがって、違憲審査制は固有性を通して、普遍性を実現する関係にあるといえるであろう。

---

<sup>278</sup> Georg Brunner, a.a.O., S.246.

#### 4 わが国の違憲審査制の種類

このように、違憲審査制は、普遍性と固有性を有する。それ故、当然わが国でも違憲審査制は憲法によって普遍性と固有性が実現されている。

わが国では、憲法 81 条で違憲審査制を採用しているが、81 条は、単に違憲審査制を定めているだけでなく、最高裁判所の管轄権も定めている。つまり、わが国では審級制度を前提とした裁判制度を採用しているから、各審級における裁判所もそれぞれ管轄権を有する。しかし、この管轄権について憲法が言及しているのは、81 条だけである。そして、この最高裁判所の管轄権によって違憲審査制の普遍性である憲法保障が実現される。

この最高裁判所による違憲審査の最終的な管轄については、判例において最高裁判所自身が述べている。例えば、最高裁判所に特別上告された家屋収去・土地明渡事件<sup>279</sup>では、上告審が下級裁判所になることについての問題が争われた。これについて、最高裁判所は、違憲審査を必要とする事件が終審として最高裁判所の事物管理に属すべきことは憲法上要請され、その他の事件に関しては下級裁判所が上告審になることは憲法上問題なく、法律に委ねられるとした。これは、違憲審査を伴う事件の管轄を憲法上最高裁判所有している以上、三審制において最高裁判所で最終的に憲法判断を受けられるようにしなければならないということである<sup>280</sup>。さらに、昭和 23 年の窃盗事件<sup>281</sup>においては、「立法行為も行政行為も司法行為（裁判）も、皆共に裁判の過程においてはピラミッド型において終審として最高裁判所の違憲審査権に服する」とされ、このことを「憲法上における不動の原理」であるとしている。つまり、これら判例が示していることは、最高裁判所は事件解決を行う審級制度における第 3 審目の最終裁判所というだけではなく、わが国の違憲審査制最終審という役割を与えられている。さらにいえば、三審制というわが国の裁判制度は、必ず憲法 81 条が定める最高裁判所の管轄権を実現しなければならない。これが実現されないような裁判制度は憲法違反となる。そして、最高裁判所の管轄を実現させているのが上告制度であり、さらに「特別上告」などの例外的訴訟制度である。

この管轄権を確保するために、わが国は上告制度を整備している。民事訴訟法では、「最高裁判所への上告にあたっては、憲法違反または絶対上告理由を主張しなければ上告権が基礎付けられない」<sup>282</sup>とされている。それが「憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違

---

<sup>279</sup> 最大判昭和 29 年 10 月 13 日民集 8 卷 10 号 1846 頁。

<sup>280</sup> このことに関しては、最大判昭和 23 年 3 月 10 日刑集 2 卷 3 号 175 頁、最大判昭和 23 年 7 月 19 日刑集 2 卷 6 号 922 頁なども同様に述べている。

<sup>281</sup> 最大判昭和 23 年 7 月 7 日刑集 2 卷 7 号 801 頁。

<sup>282</sup> 鈴木正裕、松浦馨、中野貞一郎編『新民事訴訟法講義 第 2 版補訂 2 版』（有斐閣大学双書、平成 20 年）617 頁。

反があること」(312条1項)とされ、「裁判手続き上の問題」とされるのが絶対上告理由(312条2項)である<sup>283</sup>。他方、刑事訴訟法では上告審の意義について「上告も上訴の一種である以上、当事者に具体的救済を目的とするものであるが、最高裁判所は憲法81条により違憲審査権という重要な任務を与えられ、また、全国唯一の裁判所として法令解釈を図る重要な使命も有する」<sup>284</sup>とし、上告理由を「憲法違反があること又は憲法の解釈に誤りがあること」(405条1号)、「最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと」(2号)、「最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと」(3号)とし、「憲法違反」と「判例違反」に限定している。

また、最高裁判所は違憲審査の最終審としてだけではなく、わが国唯一の最高司法機関であるため、全国の法令解釈などを統一する機能も有している。そこで、上告理由に該当しなくても法令問題などの重要な事項を含んだ事件に対しても上告を認める制度が裁量上告制度である。民事訴訟法318条では「原判決に最高裁判所の判例と相反する判断がある事件その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むもの」と規定し、刑事訴訟法406条では「最高裁判所は、…法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件については、…自ら上告審としてその事件を受審することができる」と規定する。このような裁量上告制度は、最高裁判所の法令解釈統一といった法令問題に対処する機能を実現させるものであるが、さらに憲法によって定められた最終的な管轄権(違憲審査権)を侵害しないための制度といえる。この上告制度により、最高裁判所は単なる三審制(審級制度)の第三審目の裁判所ではないことを指す。つまり、憲法の要請する最終的な管轄権をもつ最高裁判所は他の下級裁判所とは異なる地位、機能そして目的を有する<sup>285</sup>。

さらに、この上告制度だけではなく、わが国の訴訟法では、最高裁判所の憲法上の管轄を実現するための制度がいくつか存在する。それが例外的訴訟制度である。例えば、刑事訴訟規則254条等がある。254条では、「地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所がした第一審判決に対しては、その判決において法律、命令、規則若しくは処分が憲法に違反するものとした判断…が不当であることを理由として、最高裁判所に上告することができる」と規定されている。これは第1審が第2審を飛ばして、憲法問題が事件解決に必要な場合に直接最高裁判所に持ち込む制度(跳躍上告)である。

また、わが国は三審制という審級制度を採用しているが、民事訴訟の場合は、裁判所が4段階に分かれており、上告審が必ずしも最高裁判所になるとは限らない場合がある。しかし、憲法上違憲審査を伴う事件は最高裁判所が管轄を有するとされる以上、高等裁判所が違憲審査を伴う事件の終審となってしまう、このままでは憲法81条違反となってしまう。そこ

---

<sup>283</sup> 鈴木、松浦、中野、前掲書612～622頁。

<sup>284</sup> 松尾浩也、松木時夫、土本武司『条解刑事訴訟法第3版増補版』(弘文堂、平成15年)897頁。

<sup>285</sup> 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、平成17年)365頁。

で、これを解決するのが訴訟制度の例外である。民事訴訟法 327 条で「特別上告」が規定され、上告審が高等裁判所の場合、判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法違反があるとき、4 審目として最高裁判所にさらに上告できるというものである。高等裁判所が上告審として判決をすれば、その判決は直ちに確定するので、通常の不服申し立ては認められないことから、憲法問題について判断する必要がある事件については最高裁判所への特別上告が認められる<sup>286</sup>。そのほか、民事訴訟法 324 条の「移送」もこの趣旨に基づくものといえよう。「移送」とは 3 審目、すなわち上告審が高等裁判所である場合、民事訴訟規則で定めた事由によって最高裁判所に事件を移すことをいう。つまり、通常の手続では最高裁判所の判断を受けられないが、上告審である高等裁判所が憲法判断を仰ぐために最高裁判所に事件を移すことができるのである。これも、上告審である高等裁判所が憲法判断を仰ぐために最高裁判所へ事件を持ち込む制度といえる。これらは最高裁判所を単なる三審制の終審裁判所としてではなく、憲法が定めた最高裁判所の管轄を実現するものであり、最高裁判所に違憲審査の最終判断を集中させようとした意図が伺える。

さらに、訴訟制度の 1 つである抗告は通常、上訴は認められないが、しかし民事訴訟法は憲法解釈の誤りその他憲法違反を理由とするときに、最高裁判所に特別に抗告できるとする「特別抗告」（民訴法 336 条）も規定されている。また、刑事訴訟法上でも「特別抗告」（刑訴法 433 条）がある。これらは「特別抗告」は、通常上訴の認められない抗告制度の 1 つであるが、憲法判断ないし違憲審査を最高裁判所で行えるように途を開くための例外的な制度である。

これらの制度は、最高裁判所に憲法判断を集中させる意図を有するものでもある。その結果、最高裁判所にはいわゆる憲法裁判所的要素が与えられているとみることができる。もちろん、最高裁判所が憲法裁判所のように独立して法令の審査を行うことはないが、一種の集中型ともみることができる。

つまり、最高裁判所は日本国憲法の秩序維持のために存在する憲法裁判所的機関でもあり、その意味ではまさに「憲法の番人」にふさわしいといえよう。付随的審査制という形を取りながら、違憲審査制の普遍的目的である憲法保障を実現させているとみることができるわけである。そして、そのためにも憲法 81 条の定める最終的管轄権の確保が重要となる。この管轄権を確保することで、憲法秩序の維持のため 1 つの裁判所が統一的に寄与することができ、憲法保障が実現されることになる。

他方で、わが国は付随的審査制の枠内で、違憲審査制の普遍性を実現させる集中型を採用しているわけだが、まさにこのような枠こそわが国の違憲審査制も固有のものといえるのではないだろうか。

---

<sup>286</sup> 賀集唱，松本博之，加藤新太郎編『別冊法学セミナー基本法コンメンタール 民事訴訟法 3 第 3 版』（日本論評社、平成 20 年）94 頁。

## 5 おわりに

以上述べてきたように、違憲審査制の目的は憲法秩序の維持であり、これは各国に共通する普遍的なものと考えられる。他方、違憲審査の方法は国によってことなり、それぞれの国で固有の制度を採用している。この点、日本国憲法は付随的審査制を採用しており、事件に関連した中で違憲審査が行われているが、付随的審査制ではありながら、上告制度は最高裁判所が憲法 81 条で与えられた違憲審査権を行使し、憲法秩序を保障するための役割と機能を実現させる不可欠の制度と言っても過言ではない。これだけでなく、「特別上告」「移送」「跳躍上告」など例外的訴訟制度によって最高裁判所で最終判断を受けられるよう整備されている。そして、最終判断権を終審裁判所である最高裁判所に集中している。つまり、最高裁判所に憲法裁判所的な役割も与えており、これによって憲法秩序が維持されることになる。したがって、わが国の違憲審査制は付随的審査制を採用しながら、部分的に集中型を採り入れ、最高裁判所に憲法裁判所的役割をも与えた独自の制度と考えることができると思われる。

### 第3章 違憲審査制の問題点と制度改革

#### 付随的審査制における判決方法の問題点

#### —「ねじれ判決」をめぐって—

#### 1 はじめに

本章の目的は、日本国憲法下の違憲審査制の意義を明らかにし、その上で、制度的観点から、平成16年に福岡地方裁判所が下した判決など、いわゆる「ねじれ判決」の一連の問題について検討する。ねじれ判決とは、「原告側の主張を全面的に認めておきながら、訴訟自体は原告敗訴とした」ものであり、「勝訴した被告国側には、傍論の内容に不満があっても最高裁への上告は認められない。それゆえ判決は被告側の上告権を故意に奪うもの（上告封じ）である」<sup>287</sup>。つまり、これは憲法81条が最高裁判所を終審裁判所としていることに反し、憲法違反となるおそれはないのか。そこで、この問題をわが国の違憲審査制で採用されている付随的審査制における判決方法の問題点として捉え、この問題に対する制度の在り方についても検討する。

わが国の違憲審査制は、通説的見解によると、具体的事件に付随して、具体的事件の範囲内で行われる。また違憲審査はすべての裁判所で行うことが可能な「非集中型」を採用しており、憲法裁判所が違憲審査を独占し、事件の解決とは関係なく違憲審査を行う「集中型」ではない。しかし、実際に違憲審査の実体を見ていくと、通説的見解だけでは説明できない部分が出てくる。そこで、この点について第1章ではわが国の違憲審査制を付随的審査制としつつも、「特殊性」を有するとした<sup>288</sup>。

その1つは、例えば、最高裁判所における違憲審査と、下級裁判所における違憲審査の違いである。最高裁判所における違憲判決は、当事者に及ぶ「個別的効力」以外に「一般的効力<sup>289</sup>」を有する。つまり、違憲判決の効力には、事件解決のため「効力」とは別に、憲法の最高法規条項（第98条）に基づく事実上の「一般的効力」があると考えられる。そして、最高裁判所の判決に事実上の「一般的効力」があるということは、具体的事件を契機に最高裁判所はその事件の解決とは直接関係ないが、事件に関連して一般的に違憲審査を行うことが可能ということになる。他方、下級裁判所における違憲審査は、最終的に最高裁判所

---

<sup>287</sup> 百地章『憲法と日本の再生』（成文堂、平成21年）35頁。

<sup>288</sup> 拙稿「現行憲法下の違憲審査制とその『特殊性』—違憲審査制の性格についての再考—」『日本大学大学院法学研究年報37号』（平成19年）147頁以下。

<sup>289</sup> ここでいう「一般的効力」とは、一般的効力説でいうそれとは異なる。一般的効力説では、違憲判決により法律などが無効とされるが、本論文でいう「一般的効力」とは、行政府に対しては法律の執行停止や行政立法廃止、立法府には改廃作業（審議）の義務づけに及ぶものとする。

で行われることを前提に、具体的事件の範囲内で、かつ事件解決に必要な範囲内のみで行われるものとされる。このように、わが国では違憲判決の違いから最高裁判所と下級裁判所の違憲審査における目的と役割の違いが見えてくる。

しかし、この違いを認識していないような判決が過去に何件も見られた。それが「ねじれ判決」である。本節では、福岡地裁の判決などの一連の「ねじれ判決」をめぐって、わが国の違憲審査制の制度的問題点を検討する。

## 2 現行憲法下の違憲審査制の成立過程

わが国の違憲審査制導入の発端となったのが、マッカーサー草案である。この草案の中で、すでにわが国の違憲審査は、最高裁判所を終審とする付随的審査制を目指していたことがわかる<sup>290</sup>。そして、このマッカーサー草案を前提に、枢密院、帝国議会において議論されることになった。そこで、まず第1章や第2章でみた枢密院での議論のうち3つの点に注目することにする。

第1点は枢密院での政府答弁のために法制局が作成した「想定問答」である。この中で、「違憲問題の判断については、最高裁判所はもとより下級裁判所も、これを為し得ると解するが、下級裁判所が判断した問題については、最終的には最高裁判所が決定権を有する」<sup>291</sup>とし、当時の政府は付随的審査制としつつも、憲法判断の最終的な決定権は最高裁判所にあるとした。

第2点は松本国務大臣が「法律等が違憲か否かを決定するのは最高裁判所専属の管轄を保有する」<sup>292</sup>と発言した。これは、違憲審査の専属的管轄権を最高裁判所が保有することを明らかにしたものである。さらに松本大臣は「下級裁判所においても違憲か否かを判定し得る場合には結局上訴される最高裁判所においても決定される」<sup>293</sup>と発言し、ここで「結局」と表現しているように、下級裁判所から始まる違憲審査というのは、最終的に最高裁判所まで持ち込まれることを意味し、言い換えれば、下級裁判所の違憲審査は最高裁判所で最終判断を受けることが前提となっているといえるであろう。

また、松本大臣は「(具体的) 事件を離れて判定するのは果たして司法権の作用に含まれるのか疑いはあるが、結局事件に関連してこれを決定することが必要である。」<sup>294</sup>と答えた。

---

<sup>290</sup> 「憲法第三章ニ基ク又ハ関連アル法令又ハ行政行為ガ此ノ憲法ニ違反スルヤイナヤノ争訟ニ付テハ最高裁判所ノ裁判ヲ以テ終審トス」[佐藤達夫著、佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第三卷』(有斐閣、平成6年) 101頁。]

<sup>291</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第1分冊および第6分冊の合本)』(司法研修所、平成9年) 305頁以下参照。

<sup>292</sup> 村川一郎『帝国憲法改正議事録』(国書刊行会、昭和61年) 141頁。

<sup>293</sup> 村川・前掲書 141頁。

<sup>294</sup> 村川・前掲書 142頁。

つまり付随的審査制にとどまる以上、最高裁判所は「事件を離れて判定する」ことは認められないが、「事件に関連してこれを決定する」ことは可能というわけである。したがって、最高裁判所は当該事件そのものに限定して憲法判断を行う機関にとどまらず、広く「事件に関連して」憲法の最高法規性の維持に努めるため、一般的な判断を下すことも可能な機関であるとされていた。つまり最高裁判所が行う違憲審査には、事件解決とは別に当該事件に関連して最高裁判所は必要に応じて、憲法秩序維持のために行うものもある。

第3点は入江法制局長官の答弁で、長官は違憲判決の効力に関して「ただちに政府がその法令の改廃の手続をとる義務がある」<sup>295</sup>と述べており、違憲判決が下された場合は政府に対して法令の改廃義務を負わせていることが想定されていた。すなわち、これは、最高裁判所の判決が事件を解決するための判決そのものの効力とは別に「一般的効力」を有することになるということを意味する<sup>296</sup>。さらに長官は「最高裁判所の司法裁判所という本質をそのままにしておいて、これに若干憲法裁判所的性格を与えるという程度のことは、憲法81条に反するというわけでもない」<sup>297</sup>とも述べており、具体的事件を前提とする付随的審査制をとりつつも、最高裁判所が憲法裁判所の機能を発揮することまで想定していた。ということになれば、長官が最高裁判所の判決に当事者以外に行政府を拘束する「一般的効力」を認めたのは当然といえるであろう。この発言は最高裁判所の違憲審査と下級裁判所の違憲審査を区別するためだと見ることできる。

そして議論が第90回帝国議会に移ると、木村司法大臣は最高裁判所の違憲判決は憲法の最高法規性条項を介して、判決そのものの効力である「個別的効力」と他の機関に対する「一般的拘束力」を有すると発言し<sup>298</sup>、このような認識から最高裁判所への違憲審査の集中という発言もでてくる<sup>299</sup>。他方、集中型か非集中型かという質問に対して金森国務大臣は両方とも解釈できるとした上で、「いずれにしろ（違憲審査を伴う事件を解決する）終審裁判所は最高裁判所でなければならない」<sup>300</sup>と発言している。すなわち、違憲審査の最終判断権者は、最高裁判所であることを示している。

次に憲法付随法律としての裁判所法の制定過程における違憲審査制の議論を見ていくと、第1次法案においては、最高裁判所の管轄権として6条3号に「訴訟法の規定によつて、下級裁判所から裁判を求められた事件」<sup>301</sup>と規定されているが、これは最高裁判所への違憲審査の集中を示すものである。それ故、当時の日本政府は付随的審査制を採用するとしなが

---

<sup>295</sup> 佐藤達夫著、佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第2巻』（有斐閣、平成6年）428頁。

<sup>296</sup> 拙稿・前掲論文147頁以下。

<sup>297</sup> 入江俊郎「違憲審査権について」『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題』（第一法規出版、昭和51年）642頁。

<sup>298</sup> 清水伸『逐条日本国憲法審議録第三巻』（有斐閣、昭和37年）566頁～567頁。

<sup>299</sup> 佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』（有斐閣、平成7年）143頁～149頁。

「下級裁判所に於きまして法律を適用する場合に、憲法に違反すべきやの疑いが生じた場合には、その裁判所は、その問題を切り離して最高裁判所にその審査決定を求めると云うことに相成るかと存ずるのであります。要するに最高裁判所が法律の違憲審査決定権を持つことになる」

<sup>300</sup> 清水・前掲書573～574頁。

<sup>301</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第3分冊)』（司法研修所、平成9年）246頁。

らも、最高裁判所に違憲審査を集中させて行う憲法裁判機関の役割を期待していたことがわかる。この点は前に触れた帝国議会での木村司法大臣の発言と同じ内容である。さらに、第1次法案では、前述の入江法制局長官の発言と同じように、最高裁判所の違憲判決には「一般的拘束力」があることが規定されていた<sup>302</sup>。しかし、その直後の第二次法案においてこれは削除されてしまうが、その後の議論においてもこの「一般的拘束力」に関しては存在し続けていくことになる。このように当初は、日本政府は最高裁判所を付随的違憲審査制の終審としての裁判所というだけでなく、集中型の憲法裁判所的存在でもあると捉えていたことがわかる。

しかしながら、第2次法案以降GHQとの会談の中でオプラーは付随的審査制である以上、当事者の意思を無視して、憲法問題を集中的に最高裁判所へ持ち込むことが問題であるとして、最高裁判所の違憲審査集中について反対した<sup>303</sup>。その結果、集中型の規定は削除されることになったが、一方でオプラーは違憲判決の効力に関して「下級裁判所の違憲判決によって政府は何等拘束されない。その判決はその事件についてのみの判断である」とし、さらに最高裁判所の違憲判決については「政治的、実際的について最高裁判所が違憲判決をすれば政府はその法律を強行することは、實際上出来ないから、どうしてもその法律を変更しなければならない。」<sup>304</sup>と述べて、最高裁判所と下級裁判所とは違憲判決の効力について違いがあるとの見解を示した。これは、やはり具体的事件を解決する当事者のための下級裁判所とそれと共に違憲審査の終審裁判所として憲法秩序維持に務める最高裁判所の役割の違いを表すものといえるであろう。そして第8次法案の逐条説明で前述のオプラーの解釈が取り入れられ、これが以後議会における司法省の説明の基本線となる。このような議論を経て現行裁判所法が成立した。

以上のように、違憲審査の成立過程のポイントは、現行憲法は違憲審査の専属管轄を最高裁判所であると規定し、必ず最高裁判所で終了しなければならないことを前提に、下級裁判所にも違憲審査権を認めていることである<sup>305</sup>。次に憲法制定過程において付随的審査制ながらも、集中型を想定していたということは、最高裁判所と下級裁判所の違憲判決の効力の違いを考えると、最高裁判所と下級裁判所は役割と目的が違うものとされたとみることができるであろう。

---

<sup>302</sup> 内藤、前掲書 148 頁以下。

第1次法案の13条〔違憲判決の効力〕は六条に対応して、以下のように規定した。

「最高裁判所は、法律、命令、規則又は処分が、憲法に適合しないとの裁判を為したときは、直ちにその旨を告示し、政府、その命令もしくは規制を出した行政庁またはその処分を為した行政庁に対し、裁判の正本を添えて、これを通知する。政府又は行政庁は、前項の通知を受けたときは、滞りなく、適當の措置をとらなければならない」

<sup>303</sup> 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第2分冊)』(司法研修所、平成9年)539頁。

<sup>304</sup> 内藤、前掲書 539 頁。

<sup>305</sup> 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(平成17年、弘文堂)365頁。

### 3 現行憲法下の違憲審査制

わが国の訴訟制度は民事・刑事にかかわらず原則として三審制を採用している。また例外として、様々な制度がありここにわが国の違憲審査制の特徴と、制定過程で見てきた立法者意思が反映されていると見ることができる。

まず三審制について見ていくことにする。とりわけ本節では、三審制における上告について注目する。上告審は法律審と呼ばれ、法解釈を争う場とされる。つまり、事実審とは違い、上訴が関して厳しく制限されている<sup>306</sup>。例えば民事訴訟法 312 条 1 項では「憲法違反」、同条 2 項では絶対上告理由とし、さらにその他の上告理由に関しては上告受理制度が設けられ厳しく上告が制限されている。一方で、刑事訴訟法 405 条においても上告理由を「憲法違反」「憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること」(1号)、「最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと」(2号)、「最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと」(3号)に限定している。これらは上告審たる最高裁判所が憲法 81 条によって違憲審査権を与えられ、唯一統一した憲法解釈を行う重要な役割を担う終審であることを示している<sup>307</sup>。違憲審査を伴う事件は最高裁判所専属の管轄であり、また最高裁判所が「憲法の番人」であるといわれる所以である<sup>308</sup>。したがって、憲法違反や憲法解釈の統一などの憲法秩序維持の権限は最終的に最高裁判所が担っていることがわかる。

ただし、三審制とはいえとりわけ民事訴訟の場合は、裁判所が4段階に分かれており、上告審が必ずしも最高裁判所になるとは限らない。しかし、憲法上違憲審査を伴う事件は最高裁判所が終審とされる以上、このままでは憲法違反となってしまう。そこでこれを解決するのが訴訟制度の例外である。民事訴訟法 327 条で「特別上告」が規定され、上告審が高等裁判所つまり下級裁判所の場合、憲法違反や憲法解釈の誤りがあるときは、4 審目として最高裁判所にさらに上告できるというものである。また同法 324 条では「移送」が定められ、上告審が高等裁判所である場合、憲法違反や憲法解釈の誤りがあるときは、事件を審理しないまま、最高裁判所へ事件を移送できるとするものである。そして、抗告においても通常上訴は認められないが、しかし憲法違反の場合には最高裁判所へ特別に抗告できるとする「特別抗告」(同法 336 条)も規定されている。

また刑事訴訟法上でも「特別抗告」(同法 433 条)といった民事訴訟法と同様に、最高裁判所による最終判断への途を確保するための例外的な制度が設けられているほかに、「跳躍

---

<sup>306</sup> 小室直人・賀集唱・松本博之・加藤新太郎編『(別冊法学セミナー) 基本法コンメンタール新民事訴訟法 3』(日本論評社、平成 8 年) 53 頁。

<sup>307</sup> 松尾浩也監修、松本時夫・土本武司『条解刑事訴訟法 第 3 版増補版』(弘文堂、平成 18 年) 897 頁以下。

<sup>308</sup> 松尾・松本・土本、前掲書 898 頁。「最高裁判所の上告裁判所としての機能と憲法裁判所としての機能を調和させる趣旨で、法令解釈の統一機能を補足する見地から、上告受理制度(406 条)を設け」た。

上告」(同法 406 条、刑事訴訟規則 254 条、255 条)がある。これは第 1 審が憲法違反と判断した場合、第 2 審を跳び越えて、直接最高裁判所に上告できるとするものである。

これらの例外的制度は、最高裁判所が憲法上違憲審査の最終審であることを実現したものであり、それを保障するものでもある。ただし「移送」や「跳躍上告」はそのような側面だけではなく、最高裁判所に違憲審査を集中させようとする意図が伺える制度である。つまりこれまで成立過程を通じて見てきたように集中型を目指したものであり、これらはその痕跡と捉えることができよう。これは、わが国が当初から GHQ に反対されながらも、最高裁判所への違憲審査の集中にこだわった結果であり、またそれが当初のわが国の立法者意思を具体化するものでもあったと解することができる。

次に判例上では、わが国の違憲審査制はどのように解釈されているのか。まず、警察予備隊違憲訴訟<sup>309</sup>において、最高裁判所は、違憲審査は「司法権の範囲内」で行われる、つまり具体的事件を解決することを目的とする司法の役割の中で行われるとし、事件と無関係に違憲審査を行う抽象的審査制を明確に否定している。またこの判決の中で最高裁判所は違憲審査の「第一審にして終審」としての裁判権を持つものではないとし、集中型違憲審査制も否定している。つまり、これは最高裁判所が違憲審査を専門的に扱うドイツのような独立した憲法裁判所ではないこと示すものである。そして憲法 81 条は「最高裁判所が憲法に関する事件について終審的性格を有すること規定したもの」とした。これは前述してきた成立過程における立法者意思の確認であり、現行制度をふまえた解釈でもある。

最高裁判所に特別上告された家屋取去・土地明渡事件<sup>310</sup>では、上告審が最高裁判所ではなく、裁判所法 16 条 3 号に基づいて高等裁判所(簡易裁判所を第 1 審とした場合)とされており、このことが憲法 81 条に違反しないかが争われた。これについて、最高裁判所は、違憲審査を必要とする事件が終審として最高裁判所の管轄に属すべきことは憲法上の要請であるが、その他の事件に関しては下級裁判所が上告審になることは憲法上問題なく、法律に委ねられるとした。これは、違憲審査を伴う事件の管轄権については憲法上最高裁判所が有すると憲法に明記されている以上、最高裁判所で最終的に憲法判断を受けられるようにしなければならないということである<sup>311</sup>。

さらに昭和 23 年の窃盗事件<sup>312</sup>においては、「立法行為も行政行為も司法行為(裁判)も、皆共に裁判の過程においてはピラミッド型において終審として最高裁判所の違憲審査権に服する」とされる。そして、これを「憲法上における不動の原理」と述べている。

このように、最高裁判所は事件解決の最終審というだけでなく、憲法秩序維持のための終審裁判所であり、わが国の憲法裁判所的機関であるともいえよう。それゆえ、最高裁判所で

---

<sup>309</sup> 最大判昭和 27 年 10 月 8 日民集 6 卷 9 号 783 頁。

<sup>310</sup> 最大判昭和 29 年 10 月 13 日民集 8 卷 10 号 1864 頁。

<sup>311</sup> このことに関しては、昭和 23 年の強盗事件(最大判昭和 23 年 3 月 10 日刑集 2 卷 3 号 175 頁。)や物価統制令違反事件(最大判昭和 23 年 7 月 19 日刑集 2 卷 6 号 922 頁。)などでも同様に、最高裁判所は憲法上、違憲審査を伴う事件の事物管轄を有する終審裁判所であることを明確に述べている。

<sup>312</sup> 最大判昭和 23 年 7 月 7 日刑集 2 卷 7 号 801 頁。

違憲審査の最終判断が受けられるように、例外的に特別の上告制度が設けられ、集中型的な制度が設けられているわけである。他方、それ以外の事件で下級裁判所が上告審になることは憲法上問題なく、単に立法政策の問題であるとした。このように、憲法上最高裁判所は常に違憲審査の最終審であり、下級裁判所で違憲審査を伴う事件が終結してしまうことは許されないと見ることができる。

#### 4 付随的審査制での判決方法の問題

以上のように、憲法 81 条は下級裁判所の違憲審査権を排除するものではないが、下級裁判所の憲法判断に対しては必ず最終的には最高裁判所の審査を受ける道を開くことが、憲法 81 条の要求するところである<sup>313</sup>。つまり、わが国の違憲審査制は付随的審査制であり、すべての裁判所に違憲審査権を認めているが、しかしその前提として憲法秩序維持という目的をもつ最高裁判所で、必ず最終判断を仰がなければならないということになる。したがって、下級裁判所の違憲審査は最高裁判所の最終判断を受けるという前提のもとに行われなければならない。

ところが、このようなわが国の違憲審査制を否定するかなのような下級裁判所判決が何件かみられる。それが「ねじれ判決」である。そこで、「ねじれ判決」といわれている四件の下級裁判所判決についてその問題点を検討していくことにする。

##### (1) 岩手靖国訴訟

この訴訟は、昭和 54 年に岩手県議会が靖国神社公式参拝を実現させるための意見書を採択し、さらに政府に対して陳情書を届けたことに対して岩手県の税負担者としての住民が、政教分離原則に反するなどとして、陳情書に要した旅費などの公金の返還を求め、さらに玉串料に支出した公金の返還を求めた住民訴訟<sup>314</sup>である。

これに対して仙台高等裁判所は公式参拝を違憲な行為としたが、それを実現するべく採択された意見書自体は直ちに違法なものではないとして、意見書に要した印刷代や旅費などの公金の返還請求を退けた。さらに玉串料への公金支出も憲法違反とされたが、その支出に過失はなかったとして請求は退けられた。つまり、公式参拝や玉串料への公金支出が違憲と判断されたにもかかわらず、県が裁判に勝訴することになった。一方で、原告は敗訴したとはいえ、違憲判断が出たことで「実質勝訴」と考え、上告を行わなかった<sup>315</sup>。これにより裁判は終結し、違憲判断が確定したのである。

---

<sup>313</sup> 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ 第5版』（有斐閣、平成24年）277頁。

<sup>314</sup> 仙台高判平成3年1月10日判時1370号3頁。

<sup>315</sup> 野坂泰司「岩手靖国訴訟最高裁決定」『法学教室』第137号（有斐閣、平成4年）92頁。

このような現象が生じた原因は、公式参拝は違憲とされたにもかかわらず、その違憲な行為を求めた意見書の採択自体は、靖国参拝に関して法的解釈がわかれ、確定的な解釈が存在しないという状況下で、議員たちの表決等が相当の根拠と合理性を欠いたものとはいえず、直ちに違法なものではないと認定されたところにある。であれば直ちに違法とはいえないとした時点で、この訴訟は終了してもおかしくなかった。にもかかわらず、わざわざ事件解決に不必要な公式参拝に対する憲法判断を行った結果、このような事態を招いている。また、玉串料の支出についても違憲と判断されながら、それに対する過失は認められず、さらに指摘され玉串料の支出を中止したことを根拠に知事の『職務上の怠慢』や『指揮監督権の行使を怠った過失』を否定し、公金の返還請求を認めなかった。このような結論に至るのであれば、そもそも支出を中止したのだから、わざわざこの支出の違憲性を論証する必要はなかった。

県は勝訴したにもかかわらず、違憲判断を不服とし、最高裁判所へ上告し、さらに特別抗告も行った。初宿正典教授が指摘しているように、このような違憲審査権の行使のあり方について最高裁判所が何らかの独自の判断を下す可能性も指摘されていた<sup>316</sup>。しかし、最高裁判所は結果的に何も判断せずに県の訴えは退けられた。またこのように最高裁判所があっさり退けたことに関して、野坂泰司教授はわが国の付随的な違憲審査の意味ないし限界を照らし出したと指摘し<sup>317</sup>、百地章教授は勝訴した側には上訴の利益はないというのが、法の基本原則であるとし、元々上告には無理があったと指摘している<sup>318</sup>。つまり被告である県は勝訴の確定判決を得ており、訴訟としては解決してしまっているにもかかわらず、控訴審判決の違憲判断を不服として上訴に及んだため、訴訟法上無理が生じたわけである。百地教授はこの判決は、訴訟法的観点からすれば勝訴した被告である県からの上告を封じて、本判決の違憲判断を確定させる狙いがあった<sup>319</sup>とも指摘している。

以後、ねじれ判決は訴訟法上、上訴できないというセオリーがここで完成し、最高裁判所で最終判断を受ける途が途絶えてしまうという事態を招いた。これによりわが国の違憲審査制における制度的な欠陥ともいえる問題が露呈された。

## (2) 大阪靖国訴訟

この訴訟は、当時の小泉首相の靖国参拝が、原告の思想・信条の自由、信教の自由、自己決定権などを侵害したとして、賠償を求めた国家賠償訴訟である<sup>320</sup>。

まず、大阪高等裁判所は、内閣総理大臣の参拝行為を国家賠償法1条1項の「職務を行

---

<sup>316</sup> 初宿正典「岩手靖国住民訴訟控訴審判決と違憲審査権の行使」『ジュリスト』第979号（有斐閣、平成3年）43頁。

<sup>317</sup> 野坂、前掲書97頁。

<sup>318</sup> 百地章『政教分離とは何か』（成文堂、平成9年）126頁～127頁。

<sup>319</sup> 百地、前掲書126頁。

<sup>320</sup> 大阪高裁平成17年9月30日訟務月報52巻9号2979頁。

う」に該当し、職務行為と認定し、さらに参拝行為を違憲であると判断した。その上で大阪高裁は「本件各参拝行為は、…それ自体直接控訴人らに向けられたものではなく、控訴人らへの働きかけを含むものとはいえない。また本件参拝行為は…控訴人らに対して、靖国神社への参拝を奨励したり、自らの行為を見習させるなどの意図、目的があったものとまでは認められない」とし、「本件各参拝行為の性質、目的等に鑑みると、本件各参拝行為は、靖国神社の宗教を助長、促進したものであるけれども、それ以上に控訴人らに対し、靖国神社への信仰を奨励したり、靖国神社の祭祀に参堂するよう求めるなどの働きかけなどをしたものと認めることはできない」としたことで、「本件参拝は、内閣総理大臣としての職務を行うについてなされたものであり、憲法 20 条 3 項に違反する行為であるが、これにより控訴人らの権利ないし法的利益が侵害されたものということができないから、国の責任を認めることはできない」と判断した。

この判決でも、首相の靖国参拝は憲法 20 条 3 項に違反するとしたにもかかわらず、首相の参拝行為は原告に直接向けられたものではなく、原告らの思想・良心の自由、信教の自由、自己決定権等の諸権利の侵害は認められないとした。この点でねじれ現象が生じており、そもそも参拝行為自体が控訴人らに向けられていないとされる時点で、訴訟として成立しない。百地教授は、原告らの主張する法益の侵害はなく、人権が侵害されたのではないのだから、それ以上、憲法判断を行う必要はない<sup>321</sup>、と指摘している。つまり、問題となった控訴人らの諸権利に向けられていない参拝行為の憲法判断は不要なことであった。権利侵害以前にそもそも靖国参拝行為が原告らの諸権利へ直接向けられたものではないのだから、その時点で損害賠償の理由がなくなったにもかかわらず、憲法判断に踏み切ったこと自体問題といえるのではなからうか。

この判決も、明らかな上告封じといえるねじれ判決である。さらに言えば、権利侵害を争うよりも、首相の靖国参拝の合憲性を審査させるための訴訟であったと考えることもできるのではなからうか。

### (3) 航空自衛隊イラク派遣訴訟

この訴訟は、航空自衛隊イラク派遣の差し止めを求めたものであり、本件は航空自衛隊派遣によって原告らの平和的生存権ないしその一内容としての「戦争や武力を行使しない日本に生存する権利」等が侵害されたとする国家賠償訴訟<sup>322</sup>である。

これに対して名古屋高等裁判所は、「航空自衛隊の空輸活動のうち、少なくとも多国籍軍の武装兵員をバグダッドへ空輸するものについては、…他国による武力行使と一体化した行動であって、自らも武力行使を行ったと評価を受けざるを得ない」として、「イラクにおいて行われている航空自衛隊の空輸活動は、…憲法 9 条 1 項に違反する活動を含んでいる」とし、航空自衛隊の活動を違憲と判断した。さらに、控訴人らの平和的生存権につ

<sup>321</sup> 百地章『憲法と日本の再生』（成文堂、平成 20 年）115 頁。

<sup>322</sup> 名古屋高裁平成 20 年 4 月 17 日判例時報 2056 号 74 頁。

いても戦争準備行為等によって、個人の生命、自由が侵害されまたは侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合には具体的権利性があるとした。

このように名古屋高裁は自衛隊派遣を違憲とし、さらに平和的生存権の具体的権利性も認めておきながら、「本件派遣は控訴人らに対して直接向けられたものではなく、本件派遣によっても、控訴人らの生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされ、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるまでの事態が生じているといえない」として、控訴人らの訴えを退けた。ここに本件のねじれ現象を見て取ることができる。

この判決も、そもそも憲法判断を行わなくても憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されていないとされる時点でこの訴訟の結論が出てしまっている。さらに違憲な行為が直接控訴人らの平和的生存権に向けられていないとされている以上、そもそも事件解決に何ら必要のない憲法判断ということになる。この訴訟も大阪靖国訴訟と同様に、自衛隊派遣という国家行為そのもの合憲性を求めたものであり、上告を封じ込める意図があったと受け取れる訴訟といえるのではなかろうか。

#### (4) 福岡靖国訴訟

最後に、福岡靖国訴訟では靖国参拝行為によって原告らの信教の自由、宗教的人格権等の権利が侵害されたとして賠償を求めた国家賠償訴訟<sup>323</sup>である。

福岡地方裁判所は靖国参拝を憲法20条3項に反すると判断したが、原告らの宗教的人格権などの権利は認められず、違憲とされた参拝行為によって具体的な権利侵害があったとはいえないとした。つまり、大阪靖国訴訟と同じように「ねじれ現象」が生じてしまい上訴が封じ込められてしまっている。

しかしこの判決の場合は、形式としては大阪靖国訴訟と同じであるが、判決文の文言が少し異なる。福岡地方裁判所は「不法行為は成立しないとして原告らの請求をいずれも棄却するものであるが、あえて本件参拝の違憲性について判断した」としている。ここで「あえて」とは、本来ならば不必要な憲法判断であることを示している。つまり、事件解決に何ら関係ない憲法判断であるということだ。この不必要な憲法判断をしたことについて、福岡地方裁判所は「本件参拝の違憲性を判断することを自らの責務と考え、前記の通り判示するものである」とした。このように福岡地方裁判所は、参拝行為について憲法判断することを「自らの責務」と考えた上で、あえて違憲の判断を下していることがわかる。本件の場合明らかに事件の解決や原告の権利侵害との関連性はなく、下級裁判所における違憲審査の範囲を超えた憲法判断を行っている。そのことは、同裁判所が「裁判所が違憲性についての判断を回避すれば、今後も同様の行為が繰り返される可能性が高い」としていることから明らかであり、今後の参拝行為を意識した憲法判断を行っていることがわかる。

---

<sup>323</sup> 福岡地平成16年4月7日判時1859号76頁。

「あえて」とか、「責務」という文言を用いており、この点で最高裁判所と下級裁判所の違憲審査権の違いを理解していないとみることができる。

繰り返し述べてきたように最高裁判所と下級裁判所とは違憲審査の意義やあり方に違いがある。下級裁判所は具体的事件解決の範囲内で違憲審査権を行使するものであり、最高裁判所は事件解決のみならず、憲法秩序維持も担っていることから、必要に応じて憲法判断ができる。つまり最高裁判所は事件解決とは関係なく、事件を契機に必要な違憲審査を行うことができる。したがって、ここでいう福岡地方裁判所の「責務」は本来最高裁判所が担うものであり、下級裁判所が担うものではないというべきである。

#### (5) 判決方法の問題点

わが国の違憲審査制は、憲法秩序維持を主な目的とするドイツの憲法裁判所のような「集中型」とは異なり、「非集中型」であり、権利保障を目的としているとされる。しかし、権利保障がなされることで憲法秩序が維持され、逆に憲法秩序が維持されることで権利保障がなされるという関係にあるともいえる<sup>324</sup>。わが国の場合、下級裁判所は事件解決の範囲内で違憲審査を行うから、権利保障のみが目的とされている。他方、上訴に基づき最終的な違憲審査の判断を下す最高裁判所は、下級裁判所と異なり事件の解決だけではなく、憲法秩序維持が目的であり、必要に応じて憲法判断を行う。戸松教授が指摘しているように、上級審に進むにつれ、憲法訴訟に応じた制度が用意されているのである<sup>325</sup>。

実際に最高裁判所は事件解決とは直接関係がなく本来ならば不必要であるにもかかわらず、事件に関連して権利侵害につき必要に応じて憲法判断を行ってきている。例えば皇居前外苑使用不許可事件<sup>326</sup>や朝日訴訟<sup>327</sup>がそれである。これらの判決で最高裁判所は「念のため」という形で憲法判断をしている。これらは権利侵害と関連した中で憲法判断を行ったものであるが、一方で事件解決には直接関係ないが、最高裁判所が今後のために新たに憲法判断が必要だと考え、憲法判断を行った事例と考えられる。これらの事例からわかるように最高裁判所は下級裁判所と違い、事件解決には直接関係しないが、憲法秩序維持、解釈の統一のために必要ならば、事件に関連して一般論的な憲法判断を行うことができる機関である。最高裁判所は違憲審査の終審裁判所である以上、このような役割が認められるのは当然といえよう。しかし、このような役割を下級裁判所が担おうとすれば、上訴封じにつながってしまう。だからこそ、下級裁判所は解決に必要な憲法判断はすべきでないということになる。それ故、「ねじれ判決」を下した下級裁判所は、最高裁判所と下級裁判所での違憲審査の違いを認識していないと言わざるを得ない。

以上のように、「ねじれ判決」はわが国の付随的審査制に潜む問題点といえる。具体的

---

<sup>324</sup> 百地、前掲書（『憲法と日本の再生』）117頁。

<sup>325</sup> 戸松、前掲書33～34頁。

<sup>326</sup> 最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561頁。

<sup>327</sup> 最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁。

に4つの問題点を挙げると。①権利侵害と違憲とされた侵害行為との関連性がなく、または具体的な訴訟の解決のために憲法判断の必要性がないにもかかわらず、下級裁判所が憲法判断に踏み切れてしまう。②「ねじれ判決」は上訴封じを意図した判決であり、これにより終審裁判所である最高裁判所では違憲審査が行えなくなる。その結果、裁判制度上どこが統一的な憲法解釈を行う機関なのかわからなくなってしまう恐れがある。③下級裁判所の違憲判決は、最高裁判所で最終判断を受ける途が開かれていることを前提に認められているにもかかわらず、自らの判断でその途を閉ざすことが可能となっている。これはわが国の違憲審査制そのものを崩壊させかねない<sup>328</sup>。④「ねじれ判決」のような判決方法を認めてしまうと、具体的事件さえ創り上げてしまえば、容易に国家行為そのものの憲法判断を求めることができってしまう。したがって、このようなことから「ねじれ判決」は問題であり、憲法秩序の保障の観点から憲法81条は最高裁判所にその任務を与えていることを考えると、「ねじれ判決」は憲法81条違反の疑いが強いといえるのではないだろうか。

## 5 最高裁判所の責務と制度改革の可能性

### (1) 最高裁判所の責務

最高裁判所は、そもそも具体的事件解決のほかに憲法81条により違憲審査の終審裁判所としての責務がある。そして、現行制度においては、違憲審査を伴う事件は必ず最高裁判所で審理され、最終判断が受けられるように途を確保している。とりわけ民事訴訟の場合は必ずしも上告審が最高裁判所とは限らないので、違憲審査を伴う事件が最高裁判所で審理されず、最終判断を下せない可能性が出てくる。そのために、民事訴訟法は「特別上告」や「移送」などの制度を定めている。

また、刑事訴訟法405条や民事訴訟法312条では上告理由を限定している。すなわち、刑事訴訟法405条は「憲法違反」「憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること」(1号)、「最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと」(2号)、「最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと」(3号)に限定される。またこれ以外にも上告は認められるが、その場合は法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められた事件に限定され、上告を受理するかどうかは最高裁判所の裁量とされる(同法406条、同規則257条)<sup>329</sup>。また民事訴訟法も312条1項で「上告は、判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするときに、することができる」や2項で手続き上の問題を絶対上告理由として上告を限定し、判例違反や法令解釈については上

<sup>328</sup> 百地、前掲書(『憲法と日本の再生』)116頁。

<sup>329</sup> 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法 第3版増補版』(弘文堂、平成18年)897頁以下。

告を受理するかどうか最高裁判所が決めることができる（同法 318 条）<sup>330</sup>。このように訴訟法における最高裁判所の上告とは、憲法判断や解釈統一のための制度といえる。上告を限定し、その他の上告に関しては裁量で制限することで、最高裁判所の責務というものがよりいっそう明確なものとなる。つまり、原則として上告という上訴制度が憲法問題と法令解釈などの統一という最高裁判所の責務を実現させるための手段となっている。したがって、最高裁判所の責務とはまず第一に違憲審査であり、同時に国内の法令解釈の統一を図ることにあるといえる<sup>331</sup>。

しかし、このような制度を設けているにもかかわらず、「ねじれ判決」の登場により最高裁判所で最終判断を行う機会を奪われるケースが出てきた。これは終審裁判所としての地位を脅かすものであり、憲法に基づく現行訴訟法、とりわけ上告制度に違反し、憲法 81 条違反と捉えることができるであろう。

そこで、「ねじれ判決」に対処するための制度改革の可能性について若干触れてみたい。

## （２）制度改革

制度改革論は 3 つの範疇に分けることができる<sup>332</sup>。それは憲法改正論、法律改正論と運営改革論である。これらの改革論は本来、違憲審査権が活性化していない、もしくは機能していないという観点から出てきた議論であるが、本章ではこれらの論理を用いて「ねじれ判決」への対処策として検討していく。ただ、本章は付随的審査制を前提として議論を進めており、3 つの範疇のうち法律改正論について検討していくことにする。

現行憲法下での裁判制度を法律レベルでの改正によって変えていこうとする人に、代表的な例として、戸波江二教授は最高裁判所の一部を憲法問題に関して専門的に扱う部門に特化させ、抽象的審査制を導入するよう提唱している<sup>333</sup>。また畑尻剛教授は最高裁判所を「上告部」と「憲法部」に分け、下級裁判所が具体的事件の中で憲法問題が提起され、違憲と判断した場合には審理を中止して、「憲法部」に移送する具体的規範統制の導入を提唱している<sup>334</sup>。あくまで両説は現行制度の中に「集中型」を取り込もうとしている。これ以外にも最高裁判所自体の組織変更ではなく、上告制度の改革を大沢秀介教授が提唱している<sup>335</sup>。それが裁量上告制度の導入である。

このような法律改正論の中で、「集中型」を導入しようとする説は、実際に現行憲法・裁判所法制定過程において「集中型」が議論された経緯を想起すると、現行憲法下でも実現

---

<sup>330</sup> 新堂幸司『新民事訴訟法 第 3 版補正版』（弘文堂、平成 17 年）827 頁以下。

<sup>331</sup> 新正幸『憲法訴訟論 第 2 版』（信山社、平成 22 年）133 頁以下。

<sup>332</sup> 新、前掲書 288 頁。

<sup>333</sup> 戸波江二「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」曹時 51 巻 5 号 22 頁以下（平成 11 年）。

<sup>334</sup> 畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題－選択肢の一つとしての憲法裁判所－」日本公法学会『公法研究』第 63 号（平成 13 年）121 頁。

<sup>335</sup> 大沢秀介『司法による憲法価値の実現』（有斐閣、平成 19 年）185 頁以下

できる可能性は否定できない。また「ねじれ判決」への対処という観点から見ると、「集中型」が導入されれば、上訴できないという問題は解決できよう。しかし、付随的審査制における「集中型」の採用ということになると、権利侵害とその侵害行為との関連性や司法権概念との関係が問題となってくる。つまり、司法権行使の範囲内で違憲審査を行う付随的審査制である以上、少なくとも具体的事件から切り離して審理するのは難しいのではないだろうか。

「ねじれ判決」の問題点は、侵害行為との関連性や憲法判断の必要性がないにもかかわらず違憲審査を行い、その結果終審裁判所である最高裁判所に上告できないことにある。このようなことを防止するための制度改革の目標は、憲法 81 条が定める終審裁判所としての最高裁判所の地位と責務の確保にある。つまり、最高裁判所に違憲審査を集中させるのではなく、終審として最終判断を集中させることの方が重要である。このような観点から、この問題の対処策として、まずは勝訴・敗訴関係なく憲法問題が提起されている訴訟の場合には上告を認め、最高裁判所まで事件が到達するように途を確保する。さらに上告された際に、最高裁判所で本審理に入る前の段階での審査制度を確立する必要がある。つまり、上告された事件であれば必ず憲法判断をしなければならないというわけではなく、一定の条件のもとで最高裁判所によって振り分けられ、そこで条件を満たした場合、初めて憲法判断を行うものとする。

前述のように「ねじれ判決」の原因は、下級裁判所が権利侵害および侵害行為との関連性とは無関係に、または憲法判断の必要性がないにもかかわらず違憲審査を行っていることである。その憲法判断において違憲とされ、裁判自体は原告が勝訴した場合、原告は違憲を理由として最高裁判所に上告することができなくなる。このような問題を解決するためには、日本国憲法の制定時に、裁判所法の制定過程で示された第 1 次裁判所法案 6 条 3 号(最高裁判所の裁判権)の「訴訟法に規定により下級裁判所から裁判を求められた事件」の取り扱いが制度改革の参考になるのではなかろうか。つまり、下級裁判所がねじれ判決を下した場合、同時に下級裁判所はその違憲判断について必ず最高裁判所に審査を求めようにするわけである。このようにすれば、下級裁判所の違憲審査権を奪うことなく、同時に終審裁判所である最高裁判所まで事案が到達し、最高裁判所が終審として違憲審査を行うことができることになるのではなかろうか。

このような制度改革により、わが国の付随的審査制における最高裁判所の権限と責務が明確になる。第 1 章でも述べたが、わが国は「部分的集中型違憲審査制」を採用しており、現行憲法下でも訴訟法によりそれが実現している。したがって、訴訟法を改正すれば「ねじれ判決」問題にも対処することができよう。それによって最高裁判所は文字通り「憲法の番人」となり、憲法秩序の保障を担う機関であることが一層明確になる。

### (3) 終審裁判所としての民主的正当性

このような改革論により、わが国の違憲審査の最終判断者が明確に最高裁判所となる。しかし違憲審査制というのは「法の支配」を実現するシステムである。さらに違憲審査権

を行使する裁判所は非民主的機関とも言われている。民主主義を基本として成り立つ国家において上記のような性質を持った最高裁判所が違憲判決をする場合、民主的機関である国会や内閣の判断を覆せる根拠は何であるのか。また、このような上告制度の改革の中で、そもそも最高裁判所が終審裁判所として違憲審査権を行使する理論的正当性はどこにあるのか。

これについて、松井茂記教授は「プロセス的司法審査論」を提唱し、裁判所が違憲審査権を行使する正当性について言及している<sup>336</sup>。それによれば、憲法は「民主主義プロセス」を保障し、そのプロセスに組織的な機能障害が発生しないように確保しようとしたもの、とみることができる。とすれば、裁判所にはあくまで民主主義プロセスの機能の組織的障害を是正し、民主主義が適切に機能するように確保する役割が期待されるとしている<sup>337</sup>。このような役割であれば、民主主義においてふさわしく、裁判所がそのような役割を果たすことは民主主義に矛盾しない。そして国民の代表者が愚かな選択をした場合、政治プロセスに訴えてそれを是正する。これも民主主義の要請である。しかし、政治のメカニズムに組織的な機能障害が生じる恐れがあり、機能障害を政治部門が自ら除去することができない、または政治部門に期待できない状況になった場合、民主主義に立脚している日本国憲法がこの機能障害の除去を最高裁判所に求めている。最高裁判所の裁判官は、ひとたび選出されると政治プロセスから遮断され、政治のメカニズムを監視することができる立場にあり、わが国の民主主義が機能不全に陥らないようにしているわけである<sup>338</sup>、と指摘している。これによって、文字通り最高裁判所は「憲法の番人」ということになる。

このように考えれば、終審裁判所としての最高裁判所に理論的な正当性を付与できるのではなかろうか。つまり、最高裁判所は日本国憲法における民主主義と法の支配のバランスを保つ地位にあるということになろう。ここに「憲法審」としての性質を持ち合わせる最終判断者としての最高裁判所は正当性を見いだすべきである。また非民主的機関である以上、国会や内閣といった国家機関に影響を及ぼしうるのは終審裁判所としての最高裁判所のみである。最高裁判所は唯一国民審査を受ける機関であり、国民のチェック機能が及ぶため、たとえ非民主的機関とはいえ、下級裁判所と異なる存在といえる。だからこそ、他の国家機関にその判決の効力（一般的効力）が及ぶと解することができよう。また、複数存在する下級裁判所に正当性を付与させ、違憲判断を確定させることになれば、混乱を招く恐れも出てくる。だからこそ、下級裁判所で違憲判断が出た場合は、わが国唯一の最高裁判所で必ず判断ができるように途を確保しておかなければならない。

---

<sup>336</sup> 松井茂記『日本国憲法 第三版』（有斐閣、平成19年）90頁以下。

<sup>337</sup> 松井、前掲書97頁。

<sup>338</sup> 松井、前掲書99頁。

## 6 おわりに

以上に見てきたように、「ねじれ判決」はわが国の付随的審査制にとって大きな問題であり、三審制を基本とするわが国の違憲審査制度そのものを崩壊させかねない。下級裁判所による「ねじれ判決」の問題点は、不要な憲法判断がなされても上訴できないことにある。つまり、下級裁判所が権利侵害およびその侵害行為と関連性がない、または事件解決のために憲法判断の必要性がないにもかかわらず、無用な憲法判断を行うことによって、違憲審査が終審裁判所たる最高裁判所で行われることなく終結してしまい、最終判断への途が閉ざされてしまうことにある。さらにいえば権利の侵害との関連性や必要性もないまま憲法判断を行うことができることによって、例えばドイツの抽象的規範統制よりも容易に国家行為そのものの合憲性を審査する抽象的審査が可能となってしまうことにもなりかねない。

それ故、ねじれ判決の防止を目的とした制度改革論、例えば上告制度の変更と上告された場合に、本審理に入る前段階での審査制度の導入などが必要といえよう。これによりわが国の違憲審査における終審裁判所としての最高裁判所の地位の確立と責務を実現すべきではなかろうか。ただこのような制度改革はあくまで一例に過ぎず、法律レベルではなく、最高裁判所規則で下級裁判所の「ねじれ判決」を規制する方法なども考えられよう。



## 第2部

### 緊急時における憲法秩序の保障 －その前提としての国の存立の保障と 国民の生命権－



## 第4章 武力攻撃等と憲法秩序の保障

### 第1節 わが国における集団的自衛権について

#### －国家の危機管理としての自衛権－

##### 1 はじめに

平成26年(2014年)7月1日に安倍内閣は集団的自衛権の限定行使の範囲拡大を容認する閣議決定を行った。これにより、わが国は現行憲法下での自衛権行使の形態が拡大し、安全保障政策・防衛政策の転換が行われることになる。これは、中国の軍拡や海洋進出など極東アジアの情勢が不安定となり、また国際テロ組織が日本人を殺害するなど、わが国や国民の安全を脅かす危機にわが国が直面しているためである。また、国内を見ても情報漏洩やサイバーテロなど身近なところでも危機が迫っている。今回の閣議決定はこのような事態に対応し、わが国が幅広く柔軟に安全保障政策を展開できるようにするためである。そして、関連法の整備<sup>339</sup>もなされた。安倍内閣は、危機に直面したとき「切れ目のない」対応をし、

---

<sup>339</sup>「平和安全法制」の概要(内閣官房HP〔www.cas.go.jp〕より)

①自衛隊法の改正(在外邦人等の保護措置、米軍等の部隊の武器等の防護、平時における米軍に対する物品役務の提供の拡大、国外犯処罰規定)

②重要影響事態安全確保法(周辺事態安全確保法の改正、我が国の平和及び安全に重要な影響を与える事態における米軍等への支援を実施すること等、改正の趣旨を明確にするための目的規定の見直し、日米安保条約の目的の達成に寄与する活動を行う米軍以外の外国軍隊等に対する支援活動を追加、支援メニューの拡大)

③船舶検査活動法の改正(周辺事態安全確保法の見直しに伴う改正、国際平和支援法に対応し、国際社会の平和と安全に必要な場合の船舶検査活動の実施)

④国際平和協力の改正(国連PKO等において実施できる業務の拡大(いわゆる安全確保、駆け付け警護)、業務に必要な武器使用権限の見直し、国連が統括しない人道復興支援やいわゆる安全確保等の活動の実施)

⑤事態対処法制の改正(存立危機事態の名称、定義、手続等の整備【事態対処法】、存立危機事態に対処する自衛隊の任務としての位置付け、行動、権限等【自衛隊法】、武力攻撃事態等に対処する米軍に加えて、武力攻撃事態等における米軍以外の外国軍隊、存立危機事態における米軍その他の外国軍隊に対する支援活動を追加【米軍等行動関連措置法】、武力攻撃事態等における米軍以外の外国軍隊の行動を特定公共施設等の利用調整対象に追加

【特定公共施設利用法】、存立危機事態における海上輸送規制の実施【海上輸送規制法】、存立危機事態における捕虜取扱い法の適用【捕虜取扱い法】

集団的自衛権を行使できるようにするため、このような閣議決定や法整備を行ってきたと考えられる。他方、近年、危機管理（リスク・マネジメント、クライシス・マネジメント）が注目されており、国家の危機管理はまさにこの自衛権の問題に関わるといえよう。

この閣議決定から関連法の整備を進めていく中で、集団的自衛権行使について多くの議論がなされた。しかし、その議論はかなりの混乱をしており、国民にとってわかりにくいものであった。憲法学者や市民団体、野党などからは強い反対論・批判が展開されてきた。そもそも半数以上の国民が反対していたというが、しかし国民は果たして「集団的自衛権」をどこまで理解しているのか。

このような混乱が生じ、議論が思うように進まず、国民に理解が浸透しなかった原因は、もちろん日本国憲法の理解にある。というのは、本来自衛権は国連憲章などで保有が認められた、国際法上の権利であるにもかかわらず、自衛権の保有が憲法上の問題と誤解されてきたからである。そのため集団的自衛権を含む自衛権について、日本国憲法には明記されていないから行使できないとか、集団的自衛権は憲法 9 条に違反するなどといった議論が中心となり混乱を生じさせてきた。このように、自衛権をめぐる問題について憲法の枠内で考えてしまっていることにおおきな原因がある。

そこで、本節ではそもそも「集団的自衛権とはなにか」を中心に、その成り立ちや意味、わが国独自の特殊な状況下での日本国政府による自衛権について解釈の変遷などを通じて、国家の危機管理という観点から集団的自衛権も含めた自衛権行使の問題について考察を試みる。

## 2 自衛権とは

### （1）自衛権の根拠

自衛権とは、「通常、外国からの急迫または現実の違法な侵害に対して、自国を防衛するために必要な一定の実力を行使する権利」<sup>340</sup>といわれている。一方で政府は、例えば昭和 47 年 9 月 14 日の参議院決算委員会での内閣法制局の見解として「〔自衛権とは〕わが国が侵略されてわが国民の生命、自由及び幸福追求の権利が侵害されるといふときに、この自国を防衛するため」の措置であるとしている。

自衛権の根拠は、国連憲章 51 条である。憲章 51 条は「この憲章のいかなる規定も、国際連合加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安

---

⑥国家安全保障会議設置法の改正（法改正等を踏まえた審議事項の整理）

⑦国際平和支援法（新規制定）

<sup>340</sup> 芦部信喜『憲法 第 5 版』（岩波書店、平成 23 年）59 頁。また基本的に、自衛権の定義や説明をする場合、刑法でいう「正当防衛」の考え方を持ち出してくることが多い。

全の維持に必要な措置をとるまでの間、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない。この自衛権の行使に当って加盟国がとった措置は、直ちに安全保障理事会に報告しなければならない」と規定している。国連憲章以外の条約でも集団的自衛権を含む自衛権について言及され、規定されている。しかし、それは憲章 51 条を前提としたものであり、国際社会で自衛権の明文上の根拠とされているのはこの 51 条以外に存在しない。そして、自衛権行使の要件は①侵害が存在すること、②侵害は、急迫したものであること、③侵害は、不正なものであること、④防衛行為は、やむを得ないものであること<sup>341</sup>、とされており、この要件を満たせば、他国に対して武力行使ができる。

国連憲章 51 条によれば、自衛権はその行使の方法として個別的自衛権と集団的自衛権に分ける事ができる。個別的自衛権とは、1 つの国が上記の要件を満たすときに、防衛のために行使する権利であり、集団的自衛権は、他国に対する武力の行使があった場合に、これと密接な関係にある国が、この攻撃を自国の平和と安全、または平和と安全に対する一般的利益を脅かすものとみなして、被攻撃国を援助し、自国が攻撃されたものとみなして反撃できる権利である<sup>342</sup>。そして、国連憲章はこれら 2 つの権利を国家の「固有の権利」としている。

「固有」と何か、それは「他から与えられたのではなく、もともとあること」であり、国連憲章の英文を見てみると“the inherent right of individual or collective self-defence”となり、「inherent=生来の」ということになる。また、仏文においては“droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective”となり、「naturel=自然の」ということになる<sup>343</sup>。ちなみに、中国語では「单独或集体自卫（衛）之自然权利」とされ、「自然」という漢字が当てはめられている。つまり、「固有」という日本語は、他言語の国連憲章の条文を見ると、「自然、生来」といった言葉と繋がることから、自衛権は国家であれば自然と持つ権利、当然の権利である。そして、国連憲章によって認められた自衛権と言うより、元々各国家が有していた自衛権を国連憲章が正式に法的権利として追認したといえる。だからこそ、「固有、生来、自然」といった形容詞が用いられていると解するのが自然である。

さらに国連憲章 51 条では、「国際連合加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に必要な措置をとるまでの間」と規定されている。つまり、これは自衛権行使の制限といえる。自衛権は武力行使を伴うものであるが、武

---

<sup>341</sup> 国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』（三省堂、平成17年）421頁。

<sup>342</sup> 「自らが攻撃されていないのに、あるいは攻撃される蓋然性がきわめて低いのに攻撃主体たる他国に反撃する」【同上、453頁。】「この言葉は先ず第一に、共同防衛を約束する条約の締結国の1つが攻撃の対象となったときに、他の締結国が前者を援けて防衛措置をとることを意味する」【田岡良一『国際法上の自衛権』（勁草書房、平成26年）253頁】や「ある国が武力攻撃を受けた場合に、直接に攻撃を受けていない外国が共同して武力攻撃への反撃に加わる権限」【長谷部恭男編『検証・安保法案—どこが憲法違反か—』（有斐閣、平成26年）11頁】などがある。

<sup>343</sup> 佐瀬昌盛・神谷万丈「集団的自衛権」【防衛大学校安全保障学研究会編著『安全保障学入門』（亜紀書房、平成21年）351頁。

力によってその衝突を解決するものではない。いわば自衛権は武力紛争の解決手段に用いるのではなく、あくまで解決をする安全保障理事会が必要な措置をとるまでの間、自国を守るために認められる武力行使の手段に過ぎない。武力紛争当事国の一方が国際紛争解決のため、あるいは国策（国家の政策）のために武力行使を行うことは戦争行為（法的な意味における戦争）であり<sup>344</sup>、不戦条約や国連憲章をはじめとした国際法違反となる。したがって、自衛権による武力行使とは、あくまで安全保障理事会が行動するまで認められる制限的なものである。

## （２）集団的自衛権の成り立ち

自衛権に「固有の、自然の、生来の」といった形容詞が用いられるのは、国際社会の歴史的な背景に基づく。そもそも自衛権は、第 1 次世界大戦以前では国家がその自己保存及び自己完成に必要な一切の措置をとることを認めた自己保存権の一部であると考えられていた<sup>345</sup>。ところが、第 1 次世界大戦終了後、1920 年に国際連盟が設立し、さらに 1928 年に不戦条約が締結されたことにより、平和的解決を前提として、戦争で解決することを違法とした。そして、自衛権は国家が武力を行使するために例外的措置として、また法的権利として認識されるようになった<sup>346</sup>。戦争で紛争を解決するという手段は、違法であり、禁止されとしても、攻撃を受け自らを守るための武力行使（自衛権発動）だけは例外的に認める。このことを強調するため法的に必要となったといわれる<sup>347</sup>。

第 1 次世界大戦後の戦争＝違法の認識は第 2 次世界大戦後の国連憲章にも反映され、より明確になったといえる。国連憲章上は「戦争」という概念そのものが否定されており、憲章 2 条 3 項で「すべての加盟国は、その国際紛争を平和的手段によって国際の平和及び安全並びに正義を危うくしないように解決しなければならない」とし、さらに 4 項で「すべての加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使を、いかなる国の領土

---

<sup>344</sup> 黒崎将広、坂元茂樹、西村弓、石垣友明、森肇志、真山全、酒井啓亘『防衛実務国際法』（弘文堂、令和 3 年）214 頁～215 頁。

<sup>345</sup> 松葉真美「集団的自衛権の法的性質とその発達－国際法上の議論－」『レファレンス』（国立国会図書館、平成 21 年 1 月号）81 頁。

<sup>346</sup> 国際連盟規約 12 条

「戦争又ハ戦争ノ脅威ハ聯盟國ノ何レカニ直接ノ影響アルト否トヲ問ハス總テ聯盟全體ノ利害關係事項タルコトヲ茲ニ聲明ス仍テ聯盟ハ國際ノ平和ヲ擁護スル爲適當且有效ト認ムル措置ヲ執ルヘキモノトス此ノ種ノ事變發生シタルトキハ事務總長ハ何レカノ聯盟國ノ請求ニ基キ直ニ聯盟理事會ノ會議ヲ招集スヘシ」  
不戦条約第 1 條

「締約國ハ國際紛争解決ノ爲戦争ニ訴フルコトヲ非トシ且其ノ相互關係ニ於テ國家ノ政策ノ手段トシテノ戦争ヲ抛棄スルコトヲ其ノ各自ノ人民ノ名ニ於テ嚴肅ニ宣言ス」

同条約第 2 條

「締約國ハ相互間ニ起ルコトアルヘキ一切ノ紛争又ハ紛議ハ其ノ性質又ハ起因ノ如何ヲ問ハス平和的手段ニ依ルノ外之カ處理又ハ解決ヲ求メサルコトヲ約ス」

<sup>347</sup> 松葉・前掲論文 82 頁。

保全又は政治的独立に対するものも、また、国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法によるものも慎まなければならない」とし、国際紛争の平和的解決、いかなる武力行使も禁止されることとなった。さらに平和的解決は憲章 33 条で「いかなる紛争でもその継続が国際の平和及び安全の維持を危うくする虞のあるものについては、その当事者は、まず交渉、審査、仲介、調停、仲裁裁判、司法的解決、地域的機関又は地域的取極の利用その他の当事者が選ぶ平和的手段による解決を求めなければならない」とし、平和的解決の義務づけがなされた。

また同時に憲章 7 章では平和に対する脅威、平和の破壊及び侵略行為に関する行動について規定され、ある国家が国連加盟国に侵略・侵害行為を行った場合（違法行為）、国連全体で制裁（武力行使）を行う、その際に中心となるのが安全保障理事会である。そのために国連軍を創設し、集団で違法行為をした国家に対処していくとする「集団安全保障」が確立した。

しかし、この国連による「集団的安全保障」には当初から限界があった。つまり、これは不完全なもので、機能不全に陥るということであった。それが安全保障理事会における五大国の拒否権である。この存在により国連憲章に集団的自衛権が規定されたといえる。

国連憲章の原型（ダンバートン・オークス提案<sup>348</sup>）に当初自衛権に関する規定は存在しなかった。自衛権は侵害を受けた国家が自国を防衛する権利（個別的自衛権）を有しているのは当然であり、わざわざこの提案に盛り込む必要性が認識されていなかったといわれる<sup>349</sup>。ところが、大国による拒否権が導入される集団安全保障体制では、安全保障理事会の下でしか公に武力行使ができなくなってしまう、これにより地域的機構の強制措置（武力行使）を大国が阻止することが可能となってしまう。つまり、大国以外の国家にとって不都合なこととなり、大国以外の国々の命運が大国の意思に左右される恐れがあった。このことに危惧した米州諸国が強硬に反対し、最終的に 1945 年のサンフランシスコ会議において憲章に集団的自衛権を盛り込むことになった。これにより国家は、他国から武力攻撃を受けた際は、国連の安全保障理事会が必要な措置を突までの間、事前に安全保障理事会の許可を得ることなく、個別にまたは地域的機構で共同して防衛できるようになった。

### （3）国際社会における集団的自衛権

集団的自衛権が国連憲章に規定されると、北大西洋条約（1949 年、ワシントンで締結）やワルシャワ条約機構（1955 年、ワルシャワで締結）などの相互援助条約（＝地域的取極）が締結され、相互援助義務の根拠とされた。これらの条約は、国連憲章 51 条にある集団的

---

<sup>348</sup> 国連憲章の原型ともいえる、アメリカ、イギリス、ソ連、中国の 4 カ国によって発表された「一般国際機構設立のための提案」（ダンバートン・オークス提案）において、五大国と 6 カ国からなる非常任理事国で構成される安全保障理事会を設置し、世界の平和と安全の維持のための集団安全保障体制を確立するとした。

<sup>349</sup> 田岡・前掲書 192 頁。

自衛権を確認し、相互に防衛義務を負う旨の規定が置かれている<sup>350</sup>。日米安全保障条約もこれに該当するが、日本国の施政の下にある領域における、いずれか一方に対する武力攻撃があった場合のアメリカによる防衛義務のみが規定され、アメリカ施政下にある領域で他国より武力攻撃があったときには、わが国の防衛義務はないという、他の条約とは違った形態となっている<sup>351</sup>。基本的に集団的自衛権は、何らかの地域的取極、つまり同盟関係を前提とし、相互に援助する義務を負っている。すなわち、原則として何からの同盟関係にある密接な関係にある他国とともに行使するのが集団的自衛権である<sup>352</sup>。

国際社会において集団的自衛権に関して問題となった事例は数多くあるが、著名な事件としてニカラグア事件<sup>353</sup>がある。この事件では、国際司法裁判所 (ICJ) が集団的自衛権行使の要件に関して初めて踏み込んだ判断をした。事件の概要は、1979年ニカラグアで社会主義的な革命政権が樹立され、アメリカは1981年にレーガン政権が発足すると反ニカラグア政策に転換し、ニカラグア周辺国の反政府勢力に革命政権が武器援助などを行っているとして、経済援助を停止し、ニカラグアの反政府勢力コントラに軍事援助、資金供与を行い、さらにニカラグアの港湾に機雷を敷設し、また石油施設などに攻撃を加えた。ニカラグアは

---

<sup>350</sup> 北大西洋条約第5条第1項

「締約国は、ヨーロッパ又は北アメリカにおける1又は2以上の締約国に対する武力攻撃を全締約国に対する攻撃とみなすことに同意する。したがって、締約国は、そのような武力攻撃が行われたときは、各締約国が、国際連合憲章第51条の規定によつて認められている個別的又は集団的自衛権を行使して、北大西洋地域の安全を回復し及び維持するためにその必要と認める行動（兵力の使用を含む。）を個別的に及び他の締約国と共同して直ちに執るにより、その攻撃を受けた締約国を援助することに同意する。

前記の武力攻撃及びその結果として執つたすべての措置は、直ちに安全保障理事会に報告しなければならない。その措置は、安全保障理事会が国際の平和及び安全を回復し及び維持するために必要な措置を執つたときは、終止しなければならない。」

ワルシャワ条約第4条1項

「ヨーロッパにおける締約国の一又は二以上の国に対するいずれかの国若しくは国家群からの武力攻撃の場合には、各締約国は、国際連合憲章第五十一条に従い、個別の又は集団的な自衛権の行使として、このような攻撃を受けた一又は二以上の国に対し、個別に、及び他の締約国との合意により、その必要と認めるすべての手段（武力の行使を含む。）により、即時の援助を与えなければならない。締約国は、国際の平和及び安全の回復及び維持のためにとるべき共同の措置について直ちに協議しなければならない。

国際連合憲章の規定に従い、安全保障理事会は、この条に基づいて執られる措置について通告を受けるものとする。これらの措置は、安全保障理事会が、国際の平和及び安全の回復及び維持のために必要な措置を執つた場合にはすみやかに終止されなければならない。」

<sup>351</sup> 安全保障条約5条

「各締結国は、日本国の施政の下にある領域における、いずれか一方に対する武力攻撃が、自国の平和及び安全を危うくするものであることを認め、自国の憲法上の規定及び手続に従つて共同の危険に対処するように行動することを宣言する」

<sup>352</sup> ただ、軍事同盟はなく、相互援助義務もないが、密接な関係に有り、その国からの要請で行使される場合もある。例えば、台湾有事の際の台湾政府からの援助要請など。

<sup>353</sup> Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Reports 1986.

同国に対するアメリカ合衆国による軍事行動の違法性の宣言や損害賠償を求めて、国際司法裁判所（ICJ）に提訴した。これに対して、アメリカは、自国の行為はニカラグアの周辺諸国への武力攻撃に対する集団的自衛権の行使であると主張した。

これに対して ICJ は国連憲章 51 条で集団的自衛権が「inherent right」と定められていることから、慣習国際法上の権利として集団的自衛権は確立しているとした上で、集団的自衛権の行使を①武力攻撃の必要、②被害国が武力攻撃を受けているとの宣言、③他国に防衛を要請することとした。これらの要件を踏まえて、本件ではニカラグアの周辺国の反政府勢力に対する武器援助などは武力攻撃と認定できない、また援助の要請がなかったことから、集団的自衛権の行使であるとするアメリカの主張を退けた。しかし、その後もアメリカは援助を続け、ニカラグア革命政府は安全保障理事会に援助をやめるよう訴えたが、アメリカが拒否権を行使し、安全保障理事会が機能不全となった。この事件においては、ICJ は集団的自衛権行使の要件を示す画期的な判決を行った。

集団的自衛権は、原則として安全保障理事会が五大国による拒否権行使で機能しないときに、憲法第 8 章で定められる「地域的取極」、すなわち地域における国家の軍事同盟などとセットで考えるべき権利でもある。つまり、国際社会における自警団のようなものであり、地域単位での軍事同盟があってはじめて集団的自衛権が生かされるといえる。それゆえ、集団的自衛権は「自国と密接な関係にある他国」とともに、不正な武力行使に対処するための権利とよくいわれる。そもそもわが国と密接な関係にない国家、つまり国連加盟国ではあるが、わが国と何らかの地域的取極、相互援助義務のある条約を結んでいない国家、または地理的、経済的結びつきのない国家を援助することは想定されていない。

### 3 わが国における集団的自衛権論の変遷

#### （1）憲法解釈における集団的自衛権論の変遷

自衛権については、昭和 21 年 6 月 26 日の衆議院本会議において吉田茂首相は「(9 条は) 直接には自衛権を否定しては居りませぬが、第 9 條第 2 項に於いて一切の軍備と國の交戦権を認めない結果、自衛権の発動としての戦争も、又交戦権も抛棄したものであります」<sup>354</sup> とし、自衛権は認めつつも実際に行使はできないとした答弁を行っていた。

しかし、その後旧日米安全保障条約（昭和 27 年 4 月 28 日）前文の中で「平和条約は、日本国が主権国として集団的安全保障取極を締結する権利を有することを承認し、さらに、国際連合憲章は、すべての国が個別的及び集団的自衛の固有の権利を有することを承認している。これらの権利の行使として、日本国は、その防衛のための暫定措置として、日本国

---

<sup>354</sup> 第 90 回帝国議会衆議院議事速記録第 6 号（昭和 21 年 6 月 26 日）81 頁。

に対する武力攻撃を阻止するため日本国内及びその附近にアメリカ合衆国がその軍隊を維持することを希望する。」と規定し、わが国も自衛権を有することを認めた。さらに、昭和29年12月22日の鳩山内閣大村防衛庁長官の答弁では、「憲法は、自衛権を否定していない。自衛権は国が独立国である以上、その国が当然に保有する権利である。憲法はこれを否定していない。したがって、現行憲法の下で、わが国が、自衛権を持っていることは、極めて明白である」とし、「自国に対して武力攻撃が加えられた場合に国土を防衛する手段として武力を行使することは、憲法に違反しない。」<sup>355</sup>とした。

昭和26年にアメリカとの間で締結された旧日米安全保障条約において国連憲章が認めた個別的及び集団的自衛権を確認した上で、「これらの権利の行使として」という文言が入り、その後の文章では暫定措置としてアメリカ軍の駐留を希望している。アメリカ軍がわが国に駐留することは、当時のわが国にとっての自衛措置であり、これを自衛権とするならばアメリカ軍駐留は集団的自衛権の行使ということになる。この時点でわが国は集団的自衛権を限定的であるとはいえ、行使している状態にあった。いわゆる標準的な集団的自衛権行使ではなく、いびつな形ではなるが、わが国がこのような形で集団的自衛権を行使していたといえる。旧安全保障条約締結当時、わが国はまだ自国を守ることにについて不安定な時期であり、米軍駐留が必要不可欠であったといえる。そして、昭和29年の大村長官の答弁は自衛隊発足期であり、自衛隊による武力行使を自衛権の行使と認識していることがわかる<sup>356</sup>。

また昭和34年には砂川事件判決<sup>357</sup>があり、はじめて最高裁判所が自衛権について言及した。最高裁は「同条（憲法第9条）は、同条にいわゆる戦争を放棄し、いわゆる戦力の保持を禁止しているのであるが、しかしもちろんこれによりわが国が主権国として持つ固有の自衛権は何ら否定されたものではなく…わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない」と判示した。つまり、自衛権という言葉がどのような自衛権を指すのかは必ずしも明らかではなく、またこの自衛権は個別的自衛権のみで集団的自衛権は含まないとも主張されている。ただ、最高裁は同判決の中で（旧）日米安保条約について「右安全保障条約の目的とするところは、その前文によれば、平和条約の発効時において、わが国固有の自衛権を行使する有効な手段を持たない実状に鑑み、無責任な軍国主義の危険に対処する必要上、平和条約がわが国に主権国として集団的安全保障取極を締結する権利を有することを承認し、さらに、国際連合憲章がすべての国が個別的および集団的自衛の固有の権利を有することを承認しているのに基き、わが国の防衛のための暫定措置として、武力攻撃を阻止するため、わが国はアメリカ合衆国がわが国内およびその附近にその軍隊を配備する権利を許容する等、わが国の安全と防衛を確保するために必要な事項を定

---

<sup>355</sup> 第21回国会衆議院予算委員会議録第2号（昭和29年12月22日）52頁。

<sup>356</sup> サンフランシスコ講和条約5条（c）において、国連憲章51条が規定されている固有の権利としての自衛権（個別的・集団的）をわが国も有することが確認されている。

<sup>357</sup> 最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁。

めるにあることは明瞭である」とした。アメリカ合衆国がわが国内およびその附近にその軍隊を配備する権利(=同条約による自衛権行使)を許容することは明瞭であるとしている。これは集団的自衛権の限定行使について最高裁は認めていると解することができる。

この判決後の昭和 35 年 3 月 31 日の参議院予算委員会で、当時の岸首相は「いわゆる集団的自衛権というものの本体として考えられておる締約国や、特別に密接な関係にある国が武力攻撃をされた場合に、その国まで出かけて行ってその国を防衛するという意味における私は集団的自衛権は、日本の憲法上は、日本は持っていない、かように考えております。…集団的自衛権という内容が最も典型的なものは、他国に行ってこれを守るということでございますけれども、それに尽きるものではないとわれわれは考えておるのであります。そういう意味において一切の集団的自衛権を持たない、こう憲法上持たないということは私は言い過ぎだと、かように考えております。いずれにしろ自衛権の行使自体は憲法上認められていると解釈している。」<sup>358</sup>と述べている。さらに同首相は「しかし、他国に基地を貸して、そして自国のそれと協同して自国を守るというようなことは、当然従来集団的自衛権として解釈されている点でございます、そういうものはもちろん日本として持っている、こう思っております」<sup>359</sup>とこの当時政府では、集団的自衛権は限定的であれば行使可能であると見ていたと考えることができる。つまり現行の安保条約においてもわが国は、サンフランシスコ条約と旧安保条約締結した当時の認識として集団的自衛権を最も典型的なものではないが、(限定的に)行使していると解釈されていた。それゆえ砂川事件判決にいう「自衛権」の中に、集団的自衛権行使は含まれていないとすると、この岸首相の答弁は砂川事件における最高裁の解釈をさらに拡大していることとなる。岸首相の答弁との整合性を考えるならば、砂川事件の「自衛権」という言葉には、集団的自衛権の意味も含まれると解釈すべきではないだろうか。

その後、昭和 47 年 10 月 14 日に参議院決算委員会の提出資料において「憲法が、…自衛のための措置を無制限に認めているとは解されないのであって、それは、あくまで外国の武力攻撃によって国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底からくつがえされるという急迫、不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るための止むを得ない措置としてはじめて容認されるもので…必要最小限度の範囲にとどまるべきものである。」とした上で「わが憲法の下で武力行使を行うことが許されるのは、わが国に対する急迫、不正の侵害に対処する場合に限られ」ており、「他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とするいわゆる集団的自衛権の行使は、憲法上許されないといわざるを得ない。」<sup>360</sup>とした。「いわゆる集団的自衛権とは、「他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とする」ものであり、他国のために行使されるもので、通常国家が有する集団的自衛権を指しており、

<sup>358</sup> 第 34 回国会参議院予算委員会会議録 23 号 (昭和 35 年 3 月 31 日) 27 頁。

<sup>359</sup> 同上

<sup>360</sup> 昭和 47 年 10 月 14 日「集団的自衛権と憲法との関係に関する政府資料」(参議院決算委員会提出資料)

これを有することは憲法上許されないとした。これはさきの岸首相の答弁の中でいう「最も典型的なもの」と同じといえる。

そして、昭和56年の内閣法制局による政府答弁書では集団的自衛権の定義について「国際法上、国家は、集団的自衛権、すなわち、自国と密接な関係にある外国に対する武力攻撃を、自国が直接攻撃されていないにもかかわらず、実力をもつて阻止する権利を有しているものとされている」とし、「我が国が、国際法上、このような集団的自衛権を有していることは、主権国家である以上、当然であるが、憲法第9条の下において許容されている自衛権の行使は、我が国を防衛するため必要最小限度の範囲にとどまるべきものであると解しており、集団的自衛権を行使することは、その範囲を超えるものであつて、憲法上許されないと考えている」とした。これが集団的自衛権は保有するが行使できず、とする憲法解釈である。ここでの集団的自衛権の定義（下線部）は、前述の岸首相がいう集団的自衛権の行使の「最も典型的なもの」と同じ内容である。とするならば、昭和56年政府答弁書における憲法上集団的自衛権の行使禁止は「最も典型的なもの」での禁止であるとも解することもできる。これは必要最小限の範囲を超えるものであり、従来解釈で言われているように行使は憲法上認められていないといえる。

このように見ていくと、当初は政府による自衛権の解釈は集団的自衛権について限定的行使を認め、通常の行使は認めないとしてきた。ところが、昭和47年の解釈以降、「いわゆる集団的自衛権」は、憲法上許されないとし、限定的な行使（アメリカ軍駐留など）への言及がなされなくなった。さらに昭和56年の答弁書の解釈になると「集団的自衛権を行使することは、…憲法上許されない」のみとされてしまう。しかし、昭和56年政府答弁書の中にある「集団的自衛権」は保有を否定したものではなく、その行使の方法について「いわゆる集団的自衛権、つまり最も典型的なもの」と同じ意味であると解することができるため、その行使は「必要最小限の範囲」を超えるものであると解することができる。そして集団的自衛権の限定的行使については、言及されていないが、すでに米軍は駐留し、安保条約の文言も変更されていないことを踏まえると、現在のこの状況は集団的自衛権の限定行使を容認している状況であり、これは「必要最小限の範囲」内であると解せる<sup>361</sup>。

---

<sup>361</sup> 今までの解釈の変遷では、まず自衛権自体は憲法制定当初は吉田茂首相の発言から各年代の政府解釈でも否定しておらず、また砂川事件最高裁判決でも同様である。この点は、平成26年7月1日閣議決定の現行憲法解釈でも、「憲法第9条が、我が国が自国の平和と安全を維持し、その存立を全うするために必要な自衛の措置を採ることを禁じているとは到底解されない」としており、自衛権の保有については一貫している。

## (2) 昭和 56 年政府解釈と現行解釈

昭和 56 年政府答弁書<sup>362</sup>

「国際法上、国家は、集団的自衛権、すなわち、自国と密接な関係にある外国に対する武力攻撃を、自国が直接攻撃されていないにもかかわらず、実力をもつて阻止する権利を有しているものとされている。

我が国が、国際法上、このような集団的自衛権を有していることは、主権国家である以上、当然であるが、憲法第 9 条の下において許容されている自衛権の行使は、我が国を防衛するため必要最小限度の範囲にとどまるべきものであると解しており、集団的自衛権を行使することは、その範囲を超えるものであつて、憲法上許されないと考えている。

なお、我が国は、自衛権の行使に当たっては我が国を防衛するため必要最小限度の実力を行使することを旨としているのであるから、集団的自衛権の行使が憲法上許されないことによつて不利益が生じるというようなものではない。」

この答弁書は、社会党稲葉誠一衆議院議員の質問主意書に対する返答のために作られたものである。当時は、レーガン大統領のもと米ソ冷戦が終結に向かう一歩手前というところであった。わが国は、米ソの狭間にあつて西側諸国にあつたが、もはや米ソの対立にとって大きく影響する存在ではなく、わが国がアメリカのために集団的自衛権を行使しようが、大きく影響することはないとみられているともいえた。これが、国際法上集団的自衛権は有するが、憲法上行使することができないとした最もよく知られた解釈であり、今までのわが国の安全保障政策の柱となる解釈であった。政府は国際法上の集団的自衛権行使を憲法によって制限したということになる。その制限は「いわゆる集団的自衛権」「最も典型的なもの」の行使の制限であり、わが国は終始一貫してこの姿勢を貫いていることをより強調した解釈となっているといえた。

そして、安倍内閣が平成 26 年 7 月に新たな憲法解釈を閣議決定した。

平成 26 年 7 月 1 日閣議決定<sup>363</sup>

「我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合において、これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに、必要最小限度の実力を行使する…憲法上許容される上記の『武力の行使』は、国際法上は、集団的自衛権が根拠となる場合がある。この『武力の行使』には、他国に対する武力攻撃が発生した場合を契機とするものが含まれるが、憲法上は、あくまでも我が国の存立を全うし、国民を守るため、すなわち、我が国を防衛するためのやむを得ない自衛の措置として初めて許容されるものである。」

<sup>362</sup> 衆議院 HP 参照

([http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_shitsumona.nsf/html/shitsumon/b094032.htm](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumona.nsf/html/shitsumon/b094032.htm))

<sup>363</sup> 平成 26 年 7 月 1 日閣議決定「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」(<https://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/pdf/anpohosei.pdf>) 閲覧日：令和 4 年 4 月 16 日

この閣議決定による政府解釈は、必要最小限度の範囲で行使を認めるとした昭和 47 年解釈を援用した上で、集団的自衛権の行使についても「わが国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険」がある場合には、他国に対する攻撃が発生した場合でも認めている。そして、そもそも米軍駐留などを容認する集団的自衛権の限定行使が行われることに加えて、自衛権行使に伴う「武力の行使」は、他国への武力行使がわが国の存立を危うくし、国民を守るためのやむを得ない場合ならば行使できるとした。これで、集団的自衛権の限定的行使の範囲が広がったということになる。つまり、自衛権行使の必要最小限の範囲が、国際情勢など変化により広がったということになる。とはいえ、今までの解釈で述べられてきた「いわゆる集団的自衛権＝最も典型的なもの」については平成 26 年 7 月 1 日の閣議決定でも否定している。内閣官房のホームページで集団的自衛権について「集団的自衛権とは、国際法上、自国と密接な関係にある外国に対する武力攻撃を、自国が直接攻撃されていないにもかかわらず、実力をもって阻止することが正当化される権利です。しかし、政府としては、憲法がこのような活動の全てを許しているとは考えていません。今回の閣議決定は、あくまでも国の存立を全うし、国民の命と平和な暮らしを守るための必要最小限度の自衛の措置を認めるだけです。他国の防衛それ自体を目的とするものではありません。」<sup>364</sup>と否定している。

この 2 つの解釈は、全く正反対のことをいっているといわれ、立憲主義に反し、法的安定性に欠くとまでいわれている<sup>365</sup>。しかし、平成 26 年の解釈は昭和 47 年や岸首相の答弁にもある集団的自衛権の限定行使を明確に示し、さらに従来からあった限定的行使（アメリカ軍駐留）の範囲を拡大したとみることができる。また、従来から政府が否定している「いわゆる集団的自衛権＝最も典型的なもの」についても否定している。したがって、この 2 つの解釈の変遷については大きな変化はなく、昭和 56 年の解釈は従来の限定行使について見えなくなってしまうと解すことができる。

#### 4 集団的自衛権行使容認派と反対派の各主張

平成 26 年 7 月 1 日の閣議決定前後から、集団的自衛権行使の是非について多くの議論がなされた。そこで、集団的自衛権の行使容認派と反対派の代表的な論者の意見についてまとめてみよう。

---

<sup>364</sup> 同上 (<https://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/anzenhoshouhousei.html>) 閲覧日：令和 4 年 4 月 16 日

<sup>365</sup> 平成 27 年 6 月 16 日朝日新聞 DIGITAL 『安保関連法案の撤回を求める長谷部氏と小林氏の発言詳報』 (<http://www.asahi.com/articles/ASH6H73D9H6HUTFK024.html>)

## (1) 行使容認派

### ①村瀬信也上智大学名誉教授<sup>366</sup>

- ・国連憲章の当事国であり、その51条に規定されている「固有の個別的および集団的自衛の権利」を保有することに異論はない。
- ・国際法上、ある権利を「保有」しているのであれば。これを「行使」することが認められるのは言うまでもない。
- ・国家が保有する国際法上の権利を、条約上または憲法上の制約で、もしくは政策上、行使しないということはありうる。日本の場合、集団的自衛権について、これを制約する条約上の義務はなく、憲法上も、これを禁止する規定はない。
- ・これまで集団的自衛権の行使を認めてこなかったのは、政策的観点からそうしてきたものと言わざるを得ない。

### ②佐瀬昌盛防衛大学校名誉教授<sup>367</sup>

- ・国連憲章51条にて国家固有の権利として認められる集団的自衛権は、当然日本国憲法においても認められる。
- ・昭和26年サンフランシスコ平和条約で連合国より自衛権（集団的自衛権を含めた）の保有が承認され、各種条約などにおいてもその保有は確認されている。
- ・昭和56年答弁書で集団的自衛権を「国際法上保有するが、その行使は憲法上許されない」としつつ、国際条約類でなぜ行使できないとした権利をうたったのか、疑問である。
- ・個別的自衛権と集団的自衛権の行使の差は、国際的には直接的な自衛か他衛かの差（態様の差）とみなされるのに対して、わが国では、自国の防衛のための「必要最小限度の範囲」を超えるか超えないかの差（量的な差）と理解されていて、解釈として特異である。

### ③西修駒澤大学名誉教授<sup>368</sup>

- ・自衛権はまさに「国家固有の権利」である。これについて、憲法が自衛権を否定しているとはとうてい読めない。わが国が集団的自衛権を行使できるかどうかは、憲法解釈上の問題ではなく、政策上問題である。
- ・政策判断とはいえ、無制限ではなく、集団的自衛権の行使は、わが国が主権国家として、主体的にあくまでわが国の安全確保と密接不可分の関わりがあるとの判断の下、自衛隊の行動の態様、範囲などの基本方針を国民に明らかにしておく。つまり、法律で枠組みを作り、国会での承認（原則的には事前）を義務づけるなどの法的な歯止めをかける必要がある。

---

<sup>366</sup> 村瀬信也「集団的自衛権をめぐる憲法と国際法」柳井俊二・村瀬信也編『国際法の実践』（信山社、平成27年）77頁以下。

<sup>367</sup> 佐瀬昌盛「VI 集団的自衛権」『安全保障学入門』（亜紀書房、平成21年）353頁以下。

<sup>368</sup> 西修『憲法改正の論点』（文藝春秋、平成25年）104頁以下。

④百地章日本大学教授<sup>369</sup>

- ・集団的自衛権は国連憲章やサンフランシスコ講和条約、さらに慣習国際法で認められ、確認された国際法上の固有の権利である。それ故、主権国家に認められた「固有の権利」である集団的自衛権を、わが国が国際法上保有し行使しうることは当然である。
- ・憲法9条は集団的自衛権について保有や行使に関しても禁止していない。「集団的自衛権を行使しない」のは、「禁止」されているからというよりもむしろ「政策的なもの」とみるのが自然である。
- ・ただし、憲法9条による制約はある。

集団的自衛権行使容認派の意見では、いずれも集団的自衛権は国際法上の国家固有の権利であるとする。そして、国連憲章51条に基づき、集団的自衛権は自国に密接に関係にある同盟国が武力攻撃を受けたときは、国連の安全保障理事会が国連憲章に所定の任務に合致する必要な措置をとるまでの間、被攻撃国を支援する目的で行使される。この権利行使に当たっては、行使国はその旨を直ちに国際安全保障理事会に報告しなければならず、同理事会がその本来の機能を発揮するとき、この権利の行使は終わる、としている。そして、憲法で否定されていない以上、わが国が集団的自衛権を保有し行使することができるのは当然である、としている。

このように行使容認派は日本国憲法上、集団的自衛権の保有や行使は禁止されていないとしている。その根拠として、国連憲章51条で、集団的自衛権を含む自衛権は、国家に認められた「固有の」権利である以上、わが国も当然に行使を含めて認められるとしている。ただし、憲法9条があるため一定の制約はあるとする。

憲法9条は政府の解釈によって様々な変遷をしている。例えば、自衛隊の存在がこれである。当初は、「自衛権」の保有も禁止されたが、後に朝鮮戦争が勃発するなどの国際情勢によって、解釈が変わり、現在では自衛隊を保有するまでに至っている。憲法9条の下での安全保障のあり方は、その時々の方針によって解釈されている。当然、自衛権も自衛隊の増強・拡大とともにその範囲を拡大してきている。その集団的自衛権の範囲を決定するのも政府解釈であり、従来から9条の下で行われてきた政策判断に基づいている。

賛成派は、9条の下でも集団的自衛権を限定的に行使することは認められるとし、自衛隊をどのような状況で派遣ができるかは、9条の制約の下で政策判断されるべきものであるとしている。

---

<sup>369</sup> 百地章「正論」(産経新聞平成27年6月16日朝刊)、「国際常識から離れた集団的自衛権違憲論」『日本国憲法八つの欠陥』(扶桑社、令和3年)88~98頁。

## (2) 行使反対派

### ①長谷部恭男早稲田大学教授<sup>370</sup>

- ・平成26年7月1日の閣議決定は、自衛隊の活動範囲についての法的安定性を大きく揺るがすものであり、合憲性を継続しようとする論理において破綻している。
- ・「我が国の存立が脅かされ、国民の生命自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険」という文章はいかにも限定的に見える。しかし、このいかにも限定的に見える文言と、地球の裏側まで自衛隊を派遣して武力行使をさせようという政府の意図との間には、常人の理解を超えた異様な乖離があり、この文言が持つはずの限定的な役割は否定されていると考えざるを得ない。

### ②小林節慶應大学名誉教授<sup>371</sup>

- ・我が国は憲法上、我が国は他国防衛のための海外派兵をその本質とする集団的自衛権を行使することはできず、海外に軍隊と称するものを派遣することはできない。
- ・自衛隊員は公務員であり、公務員宣誓「日本国憲法を遵守し…」とある。憲法は、そもそも集団的自衛権を行使できないのであるから、国際法上、同権利を有していたとしても、憲法を遵守する以上、憲法に従って行使はできない。

### ③森英樹名古屋大学名誉教授<sup>372</sup>

- ・憲法9条は丸腰、すなわち非武装を意味する。
- ・1950年代に登場した自衛隊は、改憲解釈によるものである。ここから憲法を改正せずに、憲法の内容を解釈によって変えるということが始まり、今回の解釈に至った。
- ・集団的自衛権の行使の要件では「他国に対する武力攻撃が発生」し、「我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由および幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険」がある場合というように限定したように見えるが、憲法13条を引用しているのは意図的である。これはかなり曖昧であり、判断するのが『時の政権』で、主観的判断に基づいてしまう。

### ④浦田一郎一橋大学名誉教授<sup>373</sup>

- ・政府の解釈変更はでないことではないが、立憲主義の面から慎重でなければならない。その故、集団的自衛権限定容認は実質的には許されない解釈改憲である。
- ・憲法9条は文言から、国際関係における『武力行使』を一切禁止しているように思える。
- ・集団的自衛権によって軍事力行使が正当化されてきた。集団的自衛権の濫用も集団的自衛権の本質的要素なのであろう。

---

<sup>370</sup> 平成27年6月15日、日本記者クラブでの発言。

<sup>371</sup> 前掲（平成27年6月15日、日本記者クラブでの発言）

<sup>372</sup> 松井芳郎・森英樹『国際法・憲法と集団的自衛権』（清風堂書店、平成27年）49頁以下。

<sup>373</sup> 浦田一郎『集団的自衛権限定容認とは何か』（日本評論社、平成28年）11頁以下。

集団的自衛権行使反対派は、まず憲法 9 条の下では集団的自衛権（の行使）は容認できないとする。それ故、今回の解釈変更は許されるものではなく、憲法 9 条の趣旨を曲げるものであるとしている。また集団的自衛権の行使を容認することは、自衛隊合憲論を前提とし、自衛隊の活動範囲についての法的安定性を大きく揺るがすものであるとし、解釈変更によって立憲主義が揺るがされる、あるいは否定されるとする。さらに、集団的自衛権を行使するための要件が曖昧であり、時の政権の恣意的判断に左右される恐れがあるとする。

反対派は、憲法 9 条によって集団的自衛権そのものが否認されるのか、それともその行使が否認されるだけなのか定かではない。それ故、憲法 9 条が認めないのは集団的自衛権の存在そのものなのか、行使なのかはっきりさせる必要がある。また、反対派は集団的自衛権を含む自衛権はそもそも国際法上の権利であるにもかかわらず、憲法の枠内で自衛権をとらえており、疑問である。

また、反対派は今回の解釈変更を解釈改憲、つまり実質的な憲法改正に等しいとしているわけであるが、そもそもわが国は集団的自衛権については米軍を駐留させた時点で、集団的自衛権を限定行使している。それ故、今回の解釈変更はあくまで従来の集団的自衛権限定行使の範囲を拡大したにすぎないといえよう。

## 5 国家の危機管理としての自衛権

### （1）危機管理と自衛権

危機管理とは、危機が顕在化する前に、危機について検討し、事前対策を立てておくリスクマネジメント（risk management）と、危機が発生し顕在化した後の事後対応を行うクライシスマネジメント（crisis management）の両面のことを言う。危機管理は、本来危機に対する準備・予防・対処・復旧または復興（事後対応）といったプロセスがあり、準備・予防は前者にあたり、対処・復旧または復興は後者にあたるといえる。そして、このような危機管理に欠かせないのが、法制である。法が基軸となり、国家をはじめとした組織の維持のために危機に対応する必要がある。そのためには crisis や risk に対して法制度を整備する必要がある。

わが国における法制は、戦後日本国憲法の制定によって新たな体制が作られ、今まで日本の社会の安定をもたらしてきた。しかし、今後も安定するとは限らない。危機に対して無防備というわけではなく、あらゆる危機に組織は準備し、対応し、その能力を備える必要がある。

国内を見ても平成 23 年 3 月 11 日の東日本大震災や平成 7 年の 1 月 17 日の阪神淡路大震災、近年頻発している火山活動などの自然災害、平成 7 年の地下鉄サリン事件などのテロ事件、平成 11 年の能登半島沖不審船事件や尖閣諸島を巡る中国船への対応などの社会的

危機がある。さらに国外では、平成 13 年のアメリカ同時多発テロ事件、その後の対テロ戦争の名の下に行われたアフガニスタン戦争やイラク戦争、また IS 等の国際テロ組織による紛争、さらに拡大路線を突き進む中国やロシアによる国際紛争など多くの危機が存在している。

このような中で、わが国は国家として安定した社会状況を維持するために、憲法秩序を保障していかなければならない。そのために、政府は日本国憲法を頂点とした法制によって、災害、テロ、秩序維持、そして国際情勢などといった国家の緊急事態への対応、つまり危機管理体制を構築する必要がある。憲法秩序の保障の一環として、自衛権があるといえるのではないだろうか。

## (2) 自衛権による武力行使

そこで、国家の危機管理の一貫として自衛権を捉えるならば、自衛権を行使するための環境、すなわち法制度などが整備されなければならない。法制度を整備することは自衛権の行使するための準備ということができ、まさにリスク・マネジメントといえる。国連憲章 51 条によって自衛権が国家に認められ、その固有の権利である自衛権をどのように行使するかは国内問題となる。

現在国際社会では、国連憲章 33 条で「いかなる紛争でもその継続が国際の平和及び安全の維持を危うくする虞のあるものについては、その当事者は、まず第一に、交渉、審査、仲介、調停、仲裁裁判、司法的解決、地域的機関又は地域的取極の利用その他当事者が選ぶ平和的手段による解決を求めなければならない。」とされており、紛争（国際社会における危機）に対しては、まずは平和的解決を優先しなければならない。その上で、第 41 条と 42 条により国連の安全保障理事会は非軍事的と軍事的措置を講じることができる。これが集団安全保障である。これを前提として、安全保障理事会がこの措置を講じるまでの間、各国は保有する自衛権を行使して、自国の安全を守ることが認められている。

第 1 次世界大戦以来、「国際紛争を解決する手段として」の戦争、つまり侵略戦争は違法とされ、さらに国連憲章では武力行使そのものが違法となった。そして、国連憲章では平和的解決を原則としつつ、不正な侵害に対しては、集団安全保障体制で対処する。例外として、武力攻撃が発生した場合、安全保障理事会が何らかの措置をとる間、被攻撃国は自衛権を発動し、自国防衛を行い、安全保障理事会が国際平和及び安全の維持に必要な措置をとった時点で終了する<sup>374</sup>。つまり、国連加盟国は武力による紛争解決を認めない。それが国連憲章 51 条である。

国連の集団安全保障は、侵害国による武力攻撃に備えるものである。そして、安全保障理事会を中心とする国連軍による危機管理体制がうまく機能しない、あるいは時間的余裕が

---

<sup>374</sup> 小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編『講義国際法 第 2 版』（有斐閣、平成 22 年）499 頁。

「しかし、安全保障理事会が「必要な措置」をとったか否かをどのように判断するかという点については、国家実行上も学説上も議論が分かれている」としている。

ないときに各国は、自らあるいは地域的取極などに基づいて自衛権を行使することができるのであり、自衛権も国家の危機管理の方法である。

さらに言えば、各国家が集団安全保障の枠組みに入ることは、侵害国からの攻撃などを思いとどまらせる効果がある。この点については、しっかりとした同盟関係を結ぶことで40%、国際的な組織への加入することで24%の戦争のリスクを減少させることができるというデータがある<sup>375</sup>。それゆえ、国連への加盟は、国連憲章第8章で認める地域的取極、すなわち同盟関係を結ぶことにより、侵害国からの攻撃を思いとどまらせる、つまり予防することができる。

集団安全保障体制や集団的自衛権を含む自衛権行使の環境を整えることは、国家危機に備え、予防するための処置といえる。それゆえ危機管理、とりわけリスク・マネジメントの観点からみても、国連や同盟は有益な手段であることがわかる。

一方で、このような枠組みを形成し、危機に対して準備・予防したとしても、回避できない紛争が生じることがある。実際に、世界各地では紛争が絶えず、国家間で話し合い協力しても武力衝突により平和が脅かされている。そこで、国連憲章はそのような場合に対処のために、まず集団安全保障を構築し、安全保障理事会によって実効性を確保している。それが憲章7章「平和に対する脅威、平和の破壊及び侵略行為に関する行動」である。これにより、安全保障理事会が主導して、軍事的・非軍事的措置を講じることにより、平和を脅かしている国家に対して対処することにあたる。つまり国連という枠組みの中、安全保障理事会の機能はクライシス・マネジメントといえる。ただ、安全保障理事会には五大国の拒否権があり、過去にも拒否権行使により機能不全に陥ったことが何度もあった。そのためのために、憲章51条では国家固有の自衛権について言及している。この自衛権には個別的自衛権と集団的自衛権があり、集団的自衛権は、同盟関係（憲章第8章の地域的取極、例；NATO、ワルシャワ条約、日米安全保障条約など）を前提に、その行使が義務化されている。これにより何らかの危機（不正な侵害、武力の行使など）に見舞われた場合、安全保障理事会の行動前、あるいは機能不全の時に、国家は自衛権を発動して、その危機に対処することになる。つまり、自衛権も国連憲章という法の中で、あらかじめリスク・マネジメントの観点から準備していた諸制度を利用するものといえる。

以上のように、国連という枠組み、さらに同盟関係といったものが国家の危機管理のためにも必要といえる。国際社会において自衛権は国家の危機管理にとって非常に重要な権利であり、欠かせない存在である。①国連などの国際的枠組の整備と自衛権行使のための法制度の整備（準備）、②国連への加盟、つまり集団的安全保障への参加と同盟締結による自衛権行使の体制の整備（予防）、③安全保障理事会による集団安全保障、その措置をとるまでの間の個別的自衛権または集団的自衛権の発動（対処）、④対処終了後、侵害国の処理、

---

<sup>375</sup> Bruce Russett, John "Oneal Triangulating Peace-Democracy, Interdependence and International Organizations"(2001), 171p

自衛権行使終了後の安全保障理事会への報告（事後対応）ということになる。

### （３）日本国憲法下における危機管理としての自衛権

国家の危機管理という観点から、自衛権は最も重要な権利である。そして、わが国も独立国家であり、国連加盟国であるから自衛権の行使は当然認められる。さらに特定の国と密接な同盟関係を結んでおり、わが国が前述の危機管理体制に則っていることは明らかである。しかし、他国と同等の危機管理体制かといえば、法制度上大きな違いがある。それは憲法 9 条の存在によるものである。

憲法 9 条は、国権の発動たる戦争を放棄している。しかし、9 条の成立過程をみると、同条で放棄しているのは 1929 年の不戦条約 1 条で定められた「国際紛争を解決する手段」としての戦争である。つまり、侵略戦争を放棄したものであり、自衛のための戦争まで放棄していないとみるのが政府解釈であり、学説の多数でもある<sup>376</sup>。自衛のための戦争を放棄しているか否かにかかわらず<sup>377</sup>、わが国が武力攻撃などの危機に対処するための自衛権を有しているのは当然である<sup>378</sup>。

わが国は、前述の自衛権に関する国内における危機管理体制にあてはめると①「準備」については、軍備面では自衛隊、そしてその根拠となる諸法制度（自衛隊法、先の国会で成立した安保関連法などがこれである）を整備している。②「予防」については、すでにある国際的枠組である国連に加盟し、集団安全保障に参加、またアメリカとの安全保障条約（地域的取極）の締結がこれになる。③「対処」であるが、②の集団安全保障や地域的取極により行い、国内的にはあらかじめ準備している①の法律に基づいて自衛権を自衛隊という組織を用いて発動し、行動する<sup>379</sup>。④「復旧（事後対応）」は、憲章第 51 条に従って、自衛権の発動により危機に対処し、安全保障理事会へ報告する。そして、安全保障理事会主導の下、集団安全保障措置がとられて、自衛権の行使は終了させられる。集団的安全保障措置がとられたときは、国連という枠組みの中で対処することになる。

日本国憲法下でとりわけ問題となり、先の国会で議論されたのが、③「対処」である。個別的自衛権を行使するのかあるいは集団的自衛権を行使するのか。その行使の方法については憲法を頂点とした国内法の整備が必要となる（①）。

従来の政府解釈では、集団的自衛権の行使は憲法上禁止され、自衛権の行使を制限してい

---

<sup>376</sup> 西修『日本国憲法成立過程の研究』（成文堂、平成 16 年）234 頁以下。

<sup>377</sup> 平時の国際法（中心－国連憲章）では戦争を否定しているが、戦時国際法では戦争の存在を違法としたうえで、様々な規定を定めている。

<sup>378</sup> さらに言えば、日本国憲法は国際協調主義をうたい、平和主義を掲げているため、危機への予防として、これらの理念の下平和的解決を前提としている。それでも回避できなかった危機に対しては、日本国憲法が否定していない自衛権の発動をもって対処するという危機管理体制となっている。

<sup>379</sup> ③対処では、安全保障理事会による集団安全保障の枠組みも選択肢として、考えられるが、自衛隊の国連軍参加については議論があり、本論文では言及を避けることにする。

たので③「対処」は原則として個別的自衛権に限定されていた。しかし、安倍内閣の発足後平成 27 年に集団的自衛権の行使をさらに可能とする法整備（①）がなされた。これにより対処の方法の中にはが憲法 9 条の下で集団的自衛権の制限的な行使が拡大して、自衛手段の選択肢が増えた。

とはいえ、憲法 9 条 2 項の戦力の不保持との関係から、危機に対処するためであっても必要以上のことはできないことになっている。つまり、政府解釈に従うと、9 条 2 項の下でも「自衛のための必要最小限度の武力の行使」は認められるが、他国の領土、領海、領空に派遣するいわゆる海外派兵は、一般的に、自衛のための必要最小限度を超えるものであり、認められない<sup>380</sup>。だからこそ、自衛隊の装備はあくまで敵国領土内へ上陸進攻するための装備（大陸間弾道ミサイルや攻撃型空母など）はなく、また自衛隊の兵力も敵国に上陸し、占領統治するほどの規模も能力もない。

安倍内閣による政府解釈では、「我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合」で他に適当な手段がない場合に限りて他国に対する武力攻撃を認めた。これが集団的自衛権の限定行使の拡大容認であり、③の危機への対処の選択肢が増えたことになる。

しかし、わが国が集団的自衛権の限定行使の範囲拡大を容認したのは、政策判断によるものであり、憲法自身は国際法上認められている集団的自衛権を放棄しているわけではない。その時々国際情勢（冷戦など）との関係から、あくまで政策として行使を禁止や制限しただけとみるのが妥当であろう。

## 6 おわりに

集団的自衛権行使容認する閣議決定から現在に至るまで、わが国は危機管理という観点からみて、防衛にかかわる選択肢を増やしたことになる。つまり、自衛隊法に 76 条 2 号を追加したことで、集団的自衛権の行使範囲は拡大された。問題は、集団的自衛権の限定行使の限界であるが、これはもちろん憲法 9 条の範囲内ということになる。

憲法 9 条によって認められる自衛権行使の範囲に関して、日本政府はその時々政治状況や国際情勢の変化に応じて、解釈で内容を変更してきた<sup>381</sup>。問題は、今回の解釈変更

---

<sup>380</sup> 防衛省『令和 3 年度版防衛白書』（令和 3 年）167 頁。

<sup>381</sup> 解釈で憲法 9 条の内容に変更が加えられ、実質的に改正していると言っても過言ではない。これについて、山元一慶應義塾大学教授は「フランスや独は憲法を頻繁に改正しています。このような『改正文化』の国もありますが、憲法の変わり方は、真正面からの改正という形だけに限られる訳ではないと思います」とし、「憲法で規定された文言を一定の歯止めとしつつ、そのテキストをめぐる解釈を展開する『解釈文化』の国があってもいい。これも憲法発展の仕方の一つではないでしょうか。」（山元一『解釈改

よって集団的自衛権の限定的な行使の範囲がどこまで拡大されるかということである。従来、政府は、集団的自衛権に関して完全なる形では行使できないとするものの、限定的行使（基地の提供など）は否定されないとしてきた。ところが昭和 47 年解釈からはこの限定的行使の部分が消えており、昭和 56 年の政府答弁書においては集団的自衛権の限定的な行使に関する記述が消えている。その理由は明らかではないが、東西冷戦に巻き込まれないとする判断とも関連しているように思える。

極東地域にあるわが国は中国や北朝鮮、さらにロシアなどからの武力攻撃を受けるリスクを抱えている。しかし、万一武力攻撃を受けても、憲法秩序が崩壊しないようにするために自衛権がある。それ故、憲法秩序を保障するために、自衛権は必要不可欠なものといえる。憲法 9 条の下、集団的自衛権の行使は限定されるが、今の解釈変更および安全保障関連法の整備によって、自衛手段の選択肢は増えた。今後さらにわが国と日本国憲法の秩序を守るために、国連憲章 51 条や国際慣習法および憲法 9 条の下で、必要かつ行使可能な自衛権の範囲を模索していく必要があるだろう。

## 第 2 節 憲法 9 条による自衛権行使の制約について

### －政府解釈を中心に－

#### 1 はじめに

平成 26 年、安倍内閣は、現行憲法の下で集団的自衛権の限定行使の範囲拡大を容認する閣議決定を行い、平成 27 年に集団的自衛権の行使をさらに可能とする諸法律が制定・改正された。これにより、前節でみたように憲法 9 条の下で集団的自衛権の限定行使の範囲が拡大した。わが国は昭和 20 年の終戦直後に現行憲法を制定し、現在に至るまで一度も改正していないにもかかわらず、憲法 9 条の下で国際情勢などの変化に応じて、防衛・自衛体制を整えてきた。特に憲法 9 条に関する解釈の変遷に伴い自衛権の行使方法やその認識、さらにわが国の自衛権を担う実力組織は大きく変化したといえるであろう。また自衛権を担う組織である自衛隊も解釈によりその活動範囲が大きく変化してきた。

この自衛権には、個別的自衛権と集団的自衛権の 2 つの行使方法があり、前者は単独で

---

憲は悪か？安保法案「違憲論」への違和感』(THE PAGE 2015 年 7 月 12 日、URL : [thepage.jp/20150712-00000001-wordleaf](http://thepage.jp/20150712-00000001-wordleaf))

自国を守る権利、後者は「自国が直接攻撃をうけていなくても、連帯関係にある他の国が攻撃を受けた場合、それを自国に対する攻撃とみなし反撃しうる権利」<sup>382</sup>などと定義される。

自衛権について、わが国では憲法9条の下で様々な解釈を展開してきた。平成26年に変更されるまでの現在の政府解釈は、9条の下で認められる自衛権は、自国防衛のため必要最小限度の範囲で行使され、集団的自衛権は憲法上行使が許されないというものであった。そのため、今回の集団的自衛権限定行使の範囲拡大容認への憲法解釈の変更については、激しい反対運動が展開された。そのような中で、百地教授は、「わが国が主権国家として集団的自衛権を行使できることは明らかだ。ただ、憲法上の制約が一切ないかといえば異論もありえよう。憲法9条2項が『戦力の不保持』と『交戦権の否認』を定めている以上、それに伴う制約がある、と。そこで政府は集団的自衛権行使を『限定的に容認』することになったと思われる。」<sup>383</sup>と述べている。つまり、憲法9条によって、国際法上認められている国家固有の権利である自衛権のうち、集団的自衛権は行使が制限されたことになる。

そこで、政府解釈を中心に、憲法9条によって制限される自衛権行使について、百地教授がいわれる集団的自衛権の憲法9条2項（戦力不保持、交戦権の否認）による制約とは具体的に何を指すのか考察する。

## 2 憲法9条下での自衛権

### (1) 個別的自衛権と集団的自衛権

国連憲章第51条は「この憲章のいかなる規定も、国際連合加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に必要な措置をとるまでの間、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない」と規定している。これは個別的自衛権と集団的自衛権がある。国連憲章第2条<sup>384</sup>が定めている「武力不行使の原則」の例外にあたる。

第1次世界大戦前は、自衛権は自己保存権や緊急避難と明確に区別されなかったため、その発動条件は漠然としたものであった。しかし、1928年（昭和3年）の不戦条約により、戦争は違法化され、戦争に至らない武力行使、つまり侵略者に対する自衛による武力行使（正当防衛権）が例外的に認められることになった。自衛権による武力行使は非平和的な紛争解決手段としてではなく、侵略されたときにそれを排除する特別なものとしての性格を

---

<sup>382</sup> 田畑茂二郎『国際法I〔新版〕』（有斐閣、昭和59年）359頁。

<sup>383</sup> 百地章「集団的自衛権の行使に問題なし」（正論、産経新聞平成27年6月6日）

<sup>384</sup> 国連憲章2条4項「すべての加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使を、いかなる国の領土保全又は政治的独立に対するものも、また、国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法によるものも慎まなければならない。」

明確にし、その発動要件もかなり限定されるようになった<sup>385</sup>。この流れを踏襲したのが国連憲章第 51 条である。

憲章第 51 条では、個別的自衛権と集団的自衛権を国家固有の権利であるとする。個別的自衛権は、これまで一般的に自衛権と呼ばれてきたものであり、攻撃を受けた国家が自らの手で反撃する権利である<sup>386</sup>。他方で、集団的自衛権は第 2 次世界大戦後に生まれた新しい自衛権の観念であり、「自国が直接攻撃を受けていなくても、連帯関係にある他の国が攻撃を受ける場合には、自国に対する攻撃とみなし、反撃できることとし、しかも自衛権の一種であることとすることによって、安全保障理事会の許可はいらぬことにし、相互援助義務を容易に発動しうるようにしようという」<sup>387</sup>ものである<sup>388</sup>。集団的自衛権は、他国への攻撃を自国の攻撃みなして、共に防衛する権利である。その他国とは国連憲章第 52 条に規定されている地域的取極を前提とした国で、密接な関係にある国ということになる。

個別的自衛権と集団的自衛権は、異なる概念ではあるが、結局は自衛権行使の方法によって分けられたものである。百地教授も 2 つの自衛権は不可分の関係にあるとし、刑法 36 条の正当防衛との比較から明らかであるとしている。刑法 36 条は個人に認められた「正当防衛権」である。これと同様に、国際社会における国家の「自衛権」も正当防衛権と考えることが、わが国やヨーロッパの国際法学者たちの通説であるが、刑法 36 条が「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずした行為は、罰しない」としているように、自己又は他人の権利を防衛するのが正当防衛権である。それ故、これを自衛権に置き換えた場合、前者は個別的自衛権、後者は集団的自衛権と置き換えることができるとする<sup>389</sup>。つまり、個別的自衛権と集団的自衛権はそもそも不可分一体であり、国連憲章 51 条に言う「国家固有の権利」たる自衛権はこの 2 つを内容とするものであって、どちらか一方ということではない。

## (2) 憲法 9 条と自衛権

わが国は、自衛や防衛について論ずる場合、他国と違って憲法 9 条を前提に考えていなくてはならない。わが国の防衛政策や自衛手段には憲法 9 条 2 項の戦争放棄、交戦権の否認によってかなり制約がある。政府は、1 項は侵略戦争のみを放棄し、2 項で戦力は保持できないが、戦力に至らない自衛力であれば保持可能としている。保持しうる自衛力の範囲は、必要最小限でなければならないが、その具体的な限度については、社会情勢など考え相

---

<sup>385</sup> 田畑、前掲書 357 頁～358 頁。田岡良一『国際法上の自衛権』（勁草書房、昭和 56 年）174 頁。

<sup>386</sup> 田畑、前掲書 358 頁。

<sup>387</sup> 田畑、前掲書 361 頁。

<sup>388</sup> しかし、集団的自衛権は自己防衛権の一種と見るべきか、他国防衛権かで議論の対象となっている集団的自衛権の法的性質における学説の整理は、杉原高嶺『国際法学講義 第 2 版』（有斐閣、平成 25 年）629 頁以下参照。

<sup>389</sup> 百地章「憲法学者の変節と無責任」（Voice2015 年 9 月号）56 頁。

対的なものであるとしている。そして、自衛権発動に伴う必要最小限度の実力組織（自衛力）として自衛隊が存在する。

憲法 9 条 2 項の「前項の目的を達するため」の文言の解釈次第で様々な解釈が可能となり、例えば、芦部教授は、「前項の目的を達するため」とは、「日本国民は正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」という 1 項の部分を受けて戦力不保持の動機を示すものに過ぎず、戦力不保持は無条件で規定されているとする<sup>390</sup>。自衛権は①外交交渉による侵害の未然回避、②警察による侵害排除、③民衆が武器を持って対抗する群民蜂起によって行使されるものであり、これが「武力なき自衛権」である<sup>391</sup>。

これに対して、憲法 9 条 2 項の「前項の目的を達するため」を「侵略戦争」を放棄するためとし、その目的を達成するために「戦力を放棄した」と解すれば、少なくとも自衛のための戦力保持は禁止されないことになる。つまり、わが国は自衛軍を保持することができる。この説は学界では少数説だが、日本国憲法制定時に行われた「芦田修正」の意図を踏まえた解釈である。

このように、憲法 9 条 2 項の「前項の目的を達するため」という文言の解釈次第で自衛軍の保持さえ可能となる。このようなことから、百地教授は、政治的規範説の立場に立って、文言の細かな解釈には拘わらず、憲法現実から目をそらさないで、実質的な意味の憲法、いかえれば「生きた憲法」が何であるかを模索する必要があるという<sup>392</sup>。そして、現在の 9 条解釈は苦肉の策であり、憲法の条文そのものに欠陥がある以上、わが国の防衛のためにはこのような解釈もやむを得なかったのかもしれないとしている<sup>393</sup>。

現実離れした「武力なき自衛権」は自衛権の否定に等しいが、国連憲章によりわが国も国家固有の権利と認められている自衛権は当然有している。そのため、いざという時に備える危機管理の観点から政府は自衛権行使を可能とする体制を整える必要がある。それ故、自衛隊の存在を前提とした憲法 9 条の解釈において、武力行使が認められない場合は何かを探る必要がある。そこで、本節では政府のこれまでの有権解釈を中心にその核心部分について探ってみることにする。

---

<sup>390</sup> 芦部信喜『憲法 I 憲法総論』（有斐閣、平成 14 年）259 頁。

<sup>391</sup> 芦部、前掲書 266 頁。

<sup>392</sup> 百地章『憲法の常識 常識の憲法』（文春新書、平成 17 年）115 頁以下。

<sup>393</sup> 百地、前掲書 121 頁。そのため、百地教授は「しかし、このような解釈は限界に来ているとして、9 条の規範性そのものを疑わせるような解釈は、かえって内外の不信を招くことになるだろう」とし、憲法改正、特に 9 条 2 項の改正を主張している。

### 3 自衛権に関する政府解釈

#### (1) 憲法9条下で許される組織と武力行使

平成26年7月1日、政府は閣議決定において集団的自衛権の限定行使を認めたが、その要件は①我が国に対する武力攻撃が発生したこと、又は我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険があること、②これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないこと、③必要最小限度の実力行使にとどまるべきこと<sup>394</sup>、とされた。

当初わが国は、自衛隊という実力組織を有しておらず、朝鮮戦争に米軍が参戦する必要に迫られそれを補うべく警察予備隊を組織した。この際、吉田首相は警察予備隊設置の目的を「これは、全然治安維持であります。秩序維持するためであり…警察予備隊によつて国際紛争を解決する手段とは全然致さない考であります」<sup>395</sup>と答弁した。警察予備隊は朝鮮戦争による国内治安維持のための警察力組織、すなわち実力部隊である。この時期は政府が「武力なき自衛権」を主張していた時期であり、自衛権に基づく武力行使は認めていない。

さらに昭和26年に朝鮮戦争が勃発し、昭和27年にサンフランシスコ講和条約が発効、わが国が独立を回復したことで国際法上の地位に大きな変化が生じた。このような社会情勢の変化を受けて、この解釈を変更し、昭和27年には組織を警察予備隊から保安隊・警備隊とし、昭和29年に自衛隊とした。自衛隊が設立されたとき、大村防衛庁長官は「憲法9条は、独立国として我が国が自衛権を持つことを認めている。従つて自衛隊のような自衛のための任務を有し、かつその目的のため必要相当な範囲の実力部隊を設けることは、なんら憲法に違反するものではない」<sup>396</sup>とし、さらに林法制局長官も「国家が自衛権を持つておる以上…、憲法が…、今の自衛隊のごとき、国土保全を任務とし、しかもそのために必要な限度において持つところの自衛力というものを禁止しておるということは当然これは考えられない」<sup>397</sup>とした。また、昭和55年に出された政府答弁書の中で「9条2項は『戦力』の保持を禁止しているが、このことは、自衛のための必要最小限度の実力を保持することまで禁止する趣旨のものではなく、これを超える実力を保持することを禁止する趣旨のものである」<sup>398</sup>とされたが、ここでいう必要最小限度の実力が自衛力であり、それが自衛隊ということになる。

---

<sup>394</sup> 平成26年7月1日閣議決定「憲法9条の下で許容される自衛の措置としての武力の行使の三要件」(参照：『防衛ハンドブック2016』(朝雲新聞社、平成28年)640頁。

<sup>395</sup> 昭和25年7月30日衆議院本会議録第10号165頁。

<sup>396</sup> 昭和29年12月22日衆議院予算委員会議事録第2号1頁。

<sup>397</sup> 昭和29年12月21日衆議院予算委員会議事録第1号15頁。

<sup>398</sup> 昭和55年12月5日「憲法第9条の解釈に関する質問に対する答弁書」(内閣衆質93第11号)

このようにわが国の武力行使を実行する組織の変遷は、すべて解釈によるものである。日本国憲法制定後の状況の変化によって、9条は当初の武力を用いない自衛権といった解釈から武力行使を可能とする解釈に変更された。まさに、百地教授がいう「生きた憲法」を模索した結果であるといえる。

## (2) 自衛権に関する政府解釈の変遷

憲法9条2項にいう「戦力」に該当しない警察力から自衛力に至るまでの解釈の変遷の中で、同時にこれらの前提となる自衛権の解釈も変遷してきた。そこで、自衛力は自衛権行使のために必要であるが、果たして憲法9条2項の下でどこまで可能であるのか、さらに言えば平成28年から施行された平和安全法制による集団的自衛権の限定的行使が可能かどうか。憲法9条が戦力保持を禁止していることとの関係について、政府はどのような認識でいるのか。

### ・憲法制定過程～制定直後

終戦後、すぐに憲法改正作業が行われ、第90回帝国議会において有名な吉田・野坂論争が行われた。その中で、自衛権についてのやり取りがあり、吉田首相は「戦争放棄ニ関スル憲法草案ノ條項ニ於キマシテ、國家正當防衛權ニ依ル戦争ハ正當ナリトセラルルヤウデアルガ、私ハスクノ如キコトヲ認ムルコトガ有害デアルト思フノデアリマス」と、国家正当防衛権による戦争、すなわち自衛戦争は有害であるとした上で、「正當防衛權ヲ認ムルコトガ偶々戦争ヲ誘發スル所以デアルト思フノデアリマス…」<sup>399</sup>とした。吉田首相は自衛権の保有そのものを否定したのではなく、自衛権を行使すると、結果的に戦争を誘発することになるので、自衛権行使を認めることは有害であると解する。その後、この考えが微妙に変化する。昭和24年11月21日外務委員会で吉田首相は「日本は戦争を放棄し、軍備を放棄したのであるから、武力によらざる自衛権はある、外交その他の手段でもつて国家を自衛する、守るという権利はもちろんある」<sup>400</sup>とし、外交その他の手段による自衛権について認めた。これがいわゆる「武力なき自衛権」である。「武力なき自衛権」は、結局自衛権行使は有害として9条の下では行使を認めないとした解釈から、武力は伴わない自衛権行使については否定することはなくなった<sup>401</sup>。これに関連して、同委員会で川村政務次官も「いわゆる軍備を基礎にしました戦争は、今日放棄いたしておりますけれども、自衛権というものに対しましては放棄いたしておりません」<sup>402</sup>と、自衛権そのものの保有は認めている。ここに至って、政府解釈は変更され自衛権行使の否定から武力を伴わない自衛権行使について認めた。

<sup>399</sup> 昭和21年6月29日衆議院議事速記録第8号124頁。

<sup>400</sup> 昭和24年12月21日衆議院外務委員会議事録第1号15頁。

<sup>401</sup> これ以前に、昭和22年の司法委員会での鈴木司法大臣は、わが国が独自の立場で自衛権を行使しないと答弁している。

<sup>402</sup> 前掲、昭和24年11月21日衆議院外務委員会議録3頁。

#### ・警察予備隊創設～自衛隊創設

昭和 25 年 1 月の吉田首相による施政方針演説でも「世界の平和と文明と繁栄とに貢献せんとする国民の決意それ自身が、わが安全保障の中核をなすものであります」とし、「戦争放棄の趣旨に徹することは、決して自衛権を放棄するということの意味するものではない」としており、自衛権放棄はしていないがその行使の方法については「武力を用いない」と示している<sup>403</sup>。

昭和 25 年 6 月 25 日勃発した朝鮮戦争により、日本占領のために駐留していた米軍は朝鮮半島に出動することになった。そこで、当時は朝鮮戦争に先立ち国内の騒乱や革命などに備えるため、現状の警察力を補強する目的で、同年 8 月 10 日に政令によって警察予備隊が設置された。同政令第 3 条では「警察予備隊は、治安維持のため特別の必要がある場合において、内閣総理大臣の命を受け行動するものとする」とされ、警察組織として治安維持を目的とした。これに先立って、昭和 25 年 7 月に吉田首相は、警察予備隊は「国際紛争を解決する手段とは全然いたさない考であります」とし、あくまで朝鮮戦争に伴う国内の争乱を押さえる治安維持のための組織とされた。そして、自衛権については「武力による自衛権は放棄したのであるから、あくまでも放棄すべきであるという見解は今なお私は堅持して捨てないのであります」<sup>404</sup>という従来からの「武力なき自衛権」という見解を変えていないと強調した。さらに、吉田勝男国務大臣は「外部からの方からの侵略があつたような場合には、これはこの警察予備隊であろうと、普通の警察だろうと、又我々普通の国民であろうと、これは一致してこの侵略を防ぐ努力をするのは当たり前であります、この警察予備隊に特にその任務を課しておるわけではない」<sup>405</sup>とした。あくまで、警察予備隊は警察力を行使する実力組織であり、自衛権行使に必要な武力ではないとの趣旨と解することができ、侵略に対しては国民自身が防がなければならないという考えが窺える。

昭和 26 年には集団的自衛権は個別的自衛権の共同行使と捉えた上で、「わが憲法の解釈としては、これは採用しにくい」とした。この時期は、まだ警察予備隊時代であり、「武力なき自衛権」という見解を維持していたため、「武力を伴う通常の自衛権」行使を前提とした集団的自衛権については、わが国は採用できないとしたのは当然であろう。

昭和 27 年にサンフランシスコ講和条約が発効し、独立の回復と同時に日米安保条約が発効した。これに伴い、警察予備隊は保安隊及び警備隊に改変されることになった<sup>406</sup>。さら

---

<sup>403</sup> 吉田首相は昭和 25 年 2 月の参議院本会議でも「武力なき自衛権」について言及している。(昭和 25 年 2 月 1 日参議院会議録第 15 号 207 頁)

<sup>404</sup> 昭和 25 年 7 月 30 日衆議院本会議録第 10 号 165 頁。

<sup>405</sup> 昭和 25 年 8 月 14 日内閣委員会会議録第 1 号 6 頁。

<sup>406</sup> 昭和 27 年 4 月 28 日サンフランシスコ講和条約(「日本国との平和条約」、昭和 27 年条約第 5 号)が発効して日本は独立を回復したが、それに伴ってポツダム政令等の管理法令(ポツダム命令=警察予備隊令)は存続し得なくなった。そこで、「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件の廃止に関する法律」(昭和 27 年法律第 81 号)が公布され、一連の管理法令は施行日=対日講和条約発効日から 180 日に限り有効とし、以後廃止するとした。

に、昭和 29 年に、保安隊及び警備隊は陸・海・空の自衛隊となった。自衛隊が発足したことにより、本格的に武力を前提とした自衛権行使について議論されるようになった。昭和 29 年 4 月 6 日の衆議院内閣委員会では佐藤達夫法制局長官が「急迫不正の侵害、すわなち現実的な侵害があること、それを排除するために他に手段がないということと、しかして必要最小限度のそれを防禦するために必要な方法をとるといふ、3 つの原則を厳格なる自衛権行使の条件と考へて」<sup>407</sup>いと、自衛権行使の三原則を掲げ、自衛隊と防衛庁設置の設置をにらんだ自衛権行使という解釈に変化している。

自衛隊法公布（6 月 9 日）を前に、昭和 29 年 6 月 2 日参議院において「本院は、自衛隊の創設に際し、現行憲法の条章と、わが国民の熾烈なる平和愛好精神に照し、海外出動はこれを行わないことを、茲に更めて確認する。」とする「自衛隊の海外出動を為さざることに關する決議」が行われた。ここで、自衛隊はわが国の自衛権を行使する実力組織であると同時に、海外への出動は認めないという基本方針が確認された。さらに、同年 6 月 3 日衆議院外務委員会において、下田条約局長は平和条約によって、日本国の集团的、個別的の固有の自衛権というものは認められるとした上で「日本憲法からの観点から申しますと、憲法が否認してないと解すべきものは、既存の国際法上一般に認められた固有の自衛権、つまり自分の国が攻撃された場合の自衛権であると解すべきである」とし、「結局憲法で認められた範囲というものは、日本自身に対する直接の攻撃あるいは急迫した攻撃の危険がない以上は、自衛権の名において発動し得ない」<sup>408</sup>とした。自衛隊と防衛庁設置後の同年 12 月 22 日には鳩山内閣の自衛権に関する統一見解を示し、「憲法は自衛権を否定していない。…わが国が自衛権を持つてゐることはきわめて明白である」、「憲法 9 条は、独立国としてわが国が自衛権を持つてゐることを認めてゐる。従つて自衛隊のような自衛のための任務を有し、かつその目的のため必要相当な範囲の実力部隊を設けることは、何ら憲法に違反するものではない」<sup>409</sup>とした。

吉田内閣と鳩山内閣の自衛権解釈で異なることは、憲法 9 条の下で武力を前提とする自衛権行使を認めた点である。ここにおいても冷戦の始まりや日本が独立を回復するなどの国際情勢や時代の変化に応じて、「武力なき自衛権」から一般的に認識される「武力を前提とした自衛権」へとその行使の在り方に関する憲法 9 条の解釈を変更したとみるべきである。

また、自衛隊という実力組織を有したことで、その自衛権行使の範囲について問題となったが、基本的には自国への攻撃または急迫した攻撃の危険が行使の要件となっており、この要件を満たさなければ自衛権を行使することはないとした。つまり、逆に言えばこの要件を満たさない自衛権の行使は、現行憲法では制限されることを意味する。この点について前述の昭和 29 年 6 月 3 日、下田条約局長は「外国と純粹の共同防衛協定、つまり日本が攻撃さ

---

<sup>407</sup> 昭和 29 年 4 月 6 日内閣委員会議事録第 20 号 2 頁。

<sup>408</sup> 昭和 29 年 6 月 3 日外務委員会議録第 57 号 5 頁。

<sup>409</sup> 前掲、昭和 29 年 12 月 22 日衆議院予算委員会議事録第 2 号 1 頁。

れば、相手国は日本を助ける、相手国が攻撃されたら、日本は相手国を助ける、救援にもむくという趣旨の共同防衛協定を締結することは」、現行憲法では認められないとし、さらに同局長は「集団的自衛権、これは換言すれば、共同防衛または相互安全保障条約、あるいは同盟条約ということでありまして、つまり自分の国が攻撃されもしないのに、他の条約国が攻撃された場合に、あたかも自分の国が攻撃されたと同様にみなして、自衛の名において行動することは、一般の国際法から直ちに出て来る権利ではなく「特別の条約があって条約上の権利として生まれる権利」であるとした上で、わが国はこのような集団的自衛権を前提とする共同防衛協定を締結することは認められないから、この協定を前提とした自衛権は行使できないとしている<sup>410</sup>。一般的にいわれる国際法上認められた集団的自衛権の行使は憲法によって制限されているということである。

昭和34年3月16日参議院予算委員会において、林修三法制局長官が集団的自衛権について「武力行使という点においての集団的自衛権ということにかぎってお答えいたしますが、結局、集団的自衛権と普通にいわれております、武力行使との関連において集団的自衛権といわれておりますのは、要するに自国と非常に関連のある他国が侵略された場合に、その他国を援助する」ものであるとした上で、「外国の領土に、外国を援助するために武力行使を行うということの点だけにしぼって集団的自衛権ということが憲法上認められるかどうかということをおっしゃれば、それは今の日本の憲法に認められている自衛権の範囲には入らない」とした上で、「外国の領土において外国を援助する、外国を援助するという意味は武力行動を外国においてやる。これを集団的自衛権の行使といい、日本の憲法の範囲には入らない」<sup>411</sup>とした。つまり、海外で他国の領土において他国を援助するために武力行使をすることは、憲法が認める自衛権行使に入らない。このような武力行使はまさに「海外派兵」であって、自国を守るという意味からずれるものであり、このようなものを含んだ自衛権は憲法9条によって制限されている見るべきである。

同年11月26日の衆議院内閣委員会において赤城防衛庁長官も海外派兵はやらない、「日本の自衛力というものはほんとうに自衛のためのものだけで、ほかには自衛のためといっても外へ出ることができるのです。ところがそういうことはできないのが日本の憲法の建前であります」<sup>412</sup>と述べているが、これは海外に出て行って自衛権を行使することは、他国とは違いわが国では憲法によって認められないということを示したものといえる。この答弁から、集団的自衛権のみならず、個別的自衛権も含め、海外では行使できないことになる。これは憲法9条によって自衛権そのものが制限されるとする解釈とみることができよう。

さらに同年12月に下された砂川事件最高裁判決では、「主権国として持つ固有の自衛権は何ら否定されたものではなく」、わが国の平和主義は決して無防備・無抵抗のものではな

---

<sup>410</sup> 前掲、昭和29年6月3日外務委員会議録第57号5頁。

<sup>411</sup> 昭和34年3月16日参議院予算委員会議事録第11号27頁。

<sup>412</sup> 昭和34年11月20日衆議院内閣委員会議事録15頁。

いとすた。つまり、国際法的に認められている自衛権、国連憲章第 51 条の個別的、集団的自衛権はわが国においても法的に否定されるものではない<sup>413</sup>。ただ自衛権の行使は、結局憲法 9 条によって、制約されると解することができる。なぜなら国内法的には憲法が条約より優位に立つため、国際法上認められていてもそれを国内でどのようにするのは各国の事情によって異なるからである。それではどの程度の制約がなされるのか。これは政策論である。これについて田中耕太郎裁判官は補足意見で「防衛力の規模および充実の程度やいかなる方策を選ぶべきかの判断は、…政府の裁量にかかる純然たる政治的性質の問題である。法的に認め得ることは、国家が国民に対する義務として自衛のために何等かの必要適切な措置を講じ得、かつ講じなければならないという大原則だけである」と述べている。すなわち防衛方法や自衛権行使の方法については政府の裁量、つまり政策論であり、法的には国民に対する義務として自衛の措置を講じなければならないというだけである。ただし、自衛の措置を法的に講じる場合でも、わが国では憲法 9 条によって許されないことがある。それが、以後の法的な問題として議論されていくことになる。

#### ・日米安全保障条約改定以後の自衛権

昭和 35 年 6 月に新安保条約が締結された。同年 3 月 31 日参議院予算委員会において岸首相は「いわゆる集団的自衛権というものの本体として考えられておる締約国や、特別に密接な関係にある国が武力攻撃をされた場合に、その国まで出かけて行ってその国を防衛するという意味における私は集団的自衛権は、日本の憲法上は、日本は持っていない、かように考えております。…集団的自衛権という内容が最も典型的なものは、他国に行ってこれを守るということでございますけれども、それに尽きるものではないとわれわれは考えておるのであります。そういう意味において一切の集団的自衛権を持たない、こう憲法上持たないということは私は言い過ぎだと、かように考えております。しかしながら、その問題になる他国に行って日本が防衛するということは、これは持てない。しかし、他国に基地を貸して、そして自国のそれと協同して自国を守るというようなことは、当然従来集団的自衛権として解釈されている点でございます、そういうものはもちろん日本として持っている、こう思っております」<sup>414</sup>と述べている。つまり、岸首相も、前述の下田局長や林法制局長官と同様に、自衛権発動に伴う海外派兵（共同防衛協定や相互安全保障条約などを締結している密接な関係にある他国が攻撃されたときに、自国の攻撃とみなして他国の領域で攻撃を加える）は憲法上認められない。これが典型的な集団的自衛権であり、日本国憲法は認めていないとする。ただし、集団的自衛権は典型的な場合のみとは限らず、「他国に基地を貸して、そして自国のそれと協同して自国を守る」という形の集団的自衛権行使の余地を残している。それ故、岸首相は「海外派兵」を含まない集団的自衛権の限定行使を認めたといっ

<sup>413</sup> 最大判昭和 34 年 12 月 16 日刑集 13 卷 13 号 3225 頁。

<sup>414</sup> 昭和 35 年 3 月 31 日参議院予算委員会会議録 23 号 27 頁。また昭和 44 年 3 月 5 日参議院予算委員会佐藤首相は「日本は積極的に他国に出て行くことはない」と答弁している。

も過言ではない。

このようにして、自衛権の問題はその行使の形態、武力攻撃を受けた場合、その攻撃に対して自国を守るための必要な措置を認めた個別的自衛権の行使、さらに集団的自衛権について、保有するがその行使の方法については、憲法の制限を受けるという議論の流れとなってきた。そして、松本善明衆議院議員の質問趣意書に対する佐藤栄作首相の答弁書の中で自衛権を行使し得る地理的範囲に対する政府解釈がなされ、「わが国には固有の自衛権があり、その限界内で自衛行動をとることは憲法上許されるとの見解のもとに、いわゆる「海外派兵」は、自衛権の限界をこえるが故に、憲法上許されない」としながらも、「かりに、海外における武力行動で、自衛権発動の三要件（わが国に対する急迫不正な侵害があること、この場合に他に適当な手段がないこと及び必要最少限度の実力行使にとどまるべきこと）に該当するものがあるとすれば、憲法上の理論としては、そのような行動をとることが許されないわけではないと考える」<sup>415</sup>と述べている。この答弁は現在の政府解釈につながる。

この時期より、自衛権の中心となる論点は自衛権の範囲の問題となっていく。その中で昭和47年10月14日の政府資料では、自衛権の行使を認める一方で、「だからといって、平和主義をその基本原則とする憲法が、右にいう自衛のための措置を無制限に認めているとは解されない」とし、「あくまで外国の武力攻撃によって国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底からくつがえされるという急迫、不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るための止むを得ない措置としてはじめて容認されるものであるから、その措置は、右の事態を排除するためとられるべき」と、「わが憲法の下で武力行使を行うことが許されるのは、わが国に対する急迫、不正の侵害に対処する場合に限られるのであって、したがって、他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とするいわゆる集団的自衛権の行使は、憲法上許されないといわざるを得ない」<sup>416</sup>としたことで、「いわゆる集団的自衛権」の行使は憲法によって制限され、許されないものとされた。

そして、安倍内閣以前までの憲法解釈は、昭和56年の内閣法制局による政府答弁書である。この答弁書の中で集団的自衛権の定義について政府は「国際法上、国家は、集団的自衛権、すなわち、自国と密接な関係にある外国に対する武力攻撃を、自国が直接攻撃されていないにもかかわらず、実力をもつて阻止する権利を有しているものとされている」とし、「我が国が、国際法上、このような集団的自衛権を有していることは、主権国家である以上、当然であるが、憲法第9条の下において許容されている自衛権の行使は、我が国を防衛するため必要最小限度の範囲にとどまるべきものであると解しており、集団的自衛権を行使することは、その範囲を超えるものであつて、憲法上許されないと考えている」<sup>417</sup>とし、「集団的自衛権は保有するが行使は許されない」という憲法解釈が出された。この答弁書におけ

---

<sup>415</sup> 昭和44年4月8日「安保条約と防衛問題等に関する質問に対する答弁書」（内閣衆質61第2号）

<sup>416</sup> 昭和47年10月14日「集団的自衛権と憲法との関係に関する政府資料」

<sup>417</sup> 昭和56年5月29日「憲法、国際法と集団的自衛権に関する質問に対する答弁書」（内閣衆質94第32号）

る集団的自衛権の解釈ポイントは、自衛権行使はわが国を防衛するためであり、他国への攻撃を阻止するために行うものではないということである。他国への攻撃阻止を目的とした自衛権による武力行使は「我が国を防衛するため」ではないため認められないとする。これは、前述の岸首相、下田局長や林法制局長官などが答弁しているとおりでである。

その後自衛隊は、PKOへの参加、そして平成9年の新ガイドラインの制定によりアジア太平洋地域に展開する米軍の活動をわが国の領域を超えた周辺地域において支援することが謳われたことにより、その活動を海外へと広げていった。その際、必ず問題となるのが、現地での武器使用であり、他国の領域内で自衛隊が武器を使用することが武力行使に該当するのかが問題となった。これは、結局「海外派兵」にならないようにするためであり、自衛隊のPKOへの参加はあくまで「海外派遣」ということになり、武器使用は護身のためということであった。

平成11年に周辺事態法が制定され、周辺事態という新たな概念が誕生し、これが現在の「重要影響事態」へとつながった。そして、平成13年の同時多発テロを受けて制定されたテロ特別措置法による海上自衛隊のインド洋への派遣がなされた。このときも「海外派兵」につながる武力行使との一体化が問題となった<sup>418</sup>。

平成15年にミサイル防衛を可能とする有事法制が議論されたときも、内閣官房長官談話の中で「今回我が国が導入するBMDシステムは、あくまでも我が国を防衛することを目的とするものであって、我が国自身の主体的判断に基づいて運用し、第三国の防衛のために用いられることはないことから、集団的自衛権の問題は生じません」<sup>419</sup>とし、あくまでわが国の防衛のためであり、他国のためにミサイルを発射することではないとしている。これも武力一体化論の延長線上にあるといえる。

平成21年11月4日衆議院予算委員会において鳩山首相は「同盟関係を結んでいる一方のアメリカの本土が、…攻撃を受けたときに、果たして日本がそれに対して武力行使というものを行ってよいかどうかという発想があります。そういった発想が、…憲法9条の中で日本がとるべきではないといっている集団的自衛権」<sup>420</sup>であるとした。つまり、この発言はまさに「海外派兵」を前提とした集団的自衛権の行使はできないということである。

#### ・平成26年の解釈における集団的自衛権

平成26年7月1日に「我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合において、これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに、必要最

---

<sup>418</sup> 平成13年10月11日衆議院国際テロリズムの防止及び我が国の協力支援活動等に関する特別委員会第3号。

<sup>419</sup> 平成15年12月19日内閣官房長官談話（URL：<http://www.kantei.go.jp/>）閲覧日令和4年4月16日

<sup>420</sup> 平成21年11月4日衆議院予算委員会議録第3号14頁。

小限度の実力を行使する…憲法上許容される上記の「武力の行使」は、国際法上は、集団的自衛権が根拠となる場合がある。この「武力の行使」には、他国に対する武力攻撃が発生した場合を契機とするものが含まれるが、憲法上は、あくまでも我が国の存立を全うし、国民を守るため、すなわち、我が国を防衛するためのやむを得ない自衛の措置として初めて許容されるものである」とする閣議決定がなされた。この閣議決定による政府解釈は、自衛権行使について「国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険」がある場合、必要最小限度の範囲で行使を認めるとした昭和47年解釈を援用した上で、認めている。さらに自衛権行使に伴う「武力の行使」には、集団的自衛権があったが、これを全て認めるのではなくわが国の存立を危うくし、国民を守るためのやむを得ない場合にのみ行使をするとした。つまり、今回の解釈変更は集団的自衛権の行使を容認したというのではなく、集団的自衛権の限定的行使の内容について、岸首相が述べていた限定的行使（アメリカ軍駐留）の範囲を拡大したとみることができる。

また、NATOのような相互安全保障条約によって、自国に向けられた攻撃ではないにも関わらず、同盟国が攻撃された場合、自分の国への攻撃と見なして、協同して侵略行為に対処するという最も典型的な集団的自衛権（海外派兵を含む）の行使は、この解釈ではできないことになっている。これは従来から答弁が繰り返されてきた内容と変わらないといえよう。

#### 4 政府解釈からみる自衛権の範囲

##### (1) 自衛権に対する制約

憲法制定当初、政府は自衛権行使を否定し、その後武力を前提としない「武力なき自衛権」という行使形態を認めた。GHQの占領下であり、当然わが国が独自に実力組織を持たなくてもよい状況であった。しかし、警察予備隊ができ、保安隊・警備隊から自衛隊ができたことにより、自衛権の解釈も変わっていった。前述のように当初はどのように行使するかは非軍事的措置（吉田首相は、前述のように「日本は戦争を放棄し、軍備を放棄したのであるから、武力によらざる自衛権はある、外交その他の手段でもつて国家を自衛する、守るという権利はもちろんある」としている）を前提としていたため、武力行使の範囲や場所といった問題は生じることはなかった。警察予備隊も国内の治安維持を目的とする実力組織のため、自衛のための自衛組織ではないことは明らかであった。しかし、自衛隊になるとその目的は、自衛権行使のための組織であることが明確になる。ここで、「武力なき自衛権」という解釈から自衛隊という実力組織を前提とした自衛権になった。しかし、武力による自衛権行使が可能となったとはいえ、あくまで「必要最小限度の実力」でなければならないから、問題の解釈によってわが国の自衛権行使の運用がなされる中で、政府見解や百地教授は憲法9条

による制限をどのように解釈しているかということである。すなわち憲法9条によって「必要最小限度の実力」の行使とされる射程はどこまで及ぶのか、つまり自衛権行使において自衛隊の武力行使を具体的にどのように制限されるのか。

それを示すのが自衛隊創設直後の参議院の「自衛隊の海外出動を為さざることに関する決議」である。ここで、まず自衛隊は海外出動をしないということが明確に打ち出された。またその後の岸首相、下田局長などの答弁にあるように他国への攻撃参加はあり得ない。つまり、あくまで自衛隊は、外部からの武力攻撃をわが国から排除するために存在するのであり、これ以外の目的については、武力行使は認められないとする。それゆえ、共同防衛協定などを結んでいる密接な関係にある他国が攻撃されても、わが国への武力攻撃が発生していない限り、海外で武力行使をすることは、認められてこなかった。そのため、自衛隊の活動領域が他国の領域へと及ぶ海外派遣へと拡大していったときには、必ず他国への武力行使一体化が問題となった<sup>421</sup>。武力行使を同盟関係にある他国（特にアメリカ）と協同して行えば、まさに集団的自衛権の行使につながってしまうからである。平成26年に定義された集団的自衛権に関していえば「あくまでも我が国の存立を全うし、国民を守るため、すなわち、我が国を防衛するためにやむを得ない自衛の措置として」のみ行使が認められる<sup>422</sup>。つまり、他国への攻撃がわが国を危機的状況に追い込まれる可能性がある場合にのみ、自衛隊が出動するのであって、わが国が攻撃されておらず、また単に密接な関係にある他国を助けるというだけでその国と共に海外の領域に出動して武力行使をするというわけではない。もし、密接な関係にある他国と共に相手国領域内で武力攻撃する場合は、自衛隊の「海外派兵」となり、必要最小限の範囲を超えるため憲法9条の下では許されない。この「海外派兵」こそ、憲法9条による自衛権行使の限界であろう。

## （2）「海外派兵」と自衛権

「海外派兵」に関しては、自衛隊創設以来一貫して憲法によって禁止されたものと解釈されてきた。この「海外派兵」をわが国ではどのように捉えているのか。

「海外派兵」とは、「通常敵国の領土に兵力を派遣しまして、そうして事実上兵力による制圧の状態をそこに確立する」<sup>423</sup>こと、あるいは「武力行使の目的をもって武装した部隊を他国の領土、領海、領空に派遣すること」<sup>424</sup>といわれる。つまり、海外派兵という場合は自衛のためではなく海外での軍事行動・武力行使を目的とする海外派兵と、密接な関係にある他国への攻撃を自国への攻撃とみなして海外へ行き、他国の領域で武力を行使する海外派

---

<sup>421</sup> 特に日米安全保障条約を締結している以上、アメリカ主導の何らかの武力行使による戦争への参加は、その方法を巡って議論となってくる。

<sup>422</sup> 前掲書 640 頁、「平成 26 年 7 月 1 日閣議決定」。

<sup>423</sup> 昭和 46 年 5 月 14 日衆議院内閣委員会 10 頁（高辻法制局長官答弁）

<sup>424</sup> 昭和 55 年 10 月 28 日「自衛隊の海外派兵・日米安保条約等の問題」に関する質問に対する答弁書（内閣衆質 93 第 6 号）

兵がある。前者は侵略であり、もちろん自衛権の行使とはいえず、後者はいわゆる一般的な集団的自衛権の行使にともなう「海外派兵」となる。

さらに軍事行動でない海外での活動に関しては、PKO 関連で工藤法制局長官が「国連がその平和維持活動として編成した平和維持隊などの組織に参加する場合に、まず第一に武器の使用、これは我が国要員等の生命、身体の防衛のために必要な最小限のものに限られる、これが第一でございます。…仮に全体としての平和維持隊などの組織が武力行使に当たるようなことがあるといたしましても、我が国としてはみずからまず武力の行使はしない、それから、当該平和維持隊などの組織といわゆるそこが行います武力行使と一体化するようなことはない、こういうことでございまして、その点が確保されておりますので、我が国が武力行使をするというような評価を受けることはない。したがって、憲法に申します平和主義、憲法前文で書かれ、あるいは憲法9条で武力の行使を禁止している、そういう点につきまして憲法に反するようなことはない」<sup>425</sup>と解し、武力行使と一体化しない武器の使用という観点から、海外派兵と海外派遣を分けて考えている。

集団的自衛権の限定的行使拡大の解釈が閣議決定によりなされ、安保関連法制が整備されたことで、わが国も海外で密接な関係にある他国（アメリカなど）と共に自衛のための海外での武力行使を可能とした。この場合の集団的自衛権は他国に行き、侵略された他国等とともに武力行使を行うことではなく、あくまで他国への攻撃によってわが国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険が及ぶ場合に、自衛権を行使することができるということである。これは、前述の海外派兵を伴う自衛権行使つまり、典型的な集団的自衛権とは異なり、あくまでわが国に危険が及んだ場合でなければならない。

## 5 おわりに

以上みてくると憲法9条は自衛権行使を認めているが、「海外派兵」について制限しているといえる。これは個別的自衛権であっても、集団的自衛権であっても同じである。自衛権について、政府は戦後自衛権の保有について否定していない。ただ吉田首相の答弁などの「武力なき自衛権」は自衛権そのものの保有を認めた上で、その行使方法として武力を用いないとした。そして、自衛権は国際情勢の変化などもあり、武力を用いる自衛権行使へと解釈を変更した。この憲法9条の枠の中で自衛権をどのような方法で行使するかは、時の政府が国民の生命と安全を確保するために考えていくことであり、まさにわが国の国家としての危機管理の問題である。

---

<sup>425</sup> 平成3年9月25日衆議院 PKO 特別委員会議録第3号3頁。

少なくとも政府解釈を見る限り、憲法9条2項は、自衛のための実力（自衛力）の保持までは禁止していない。しかし、自衛隊はあくまで自衛のための実力であり、自衛とはいうものの特に集団的自衛権の中には、「我が国以外の第三国に別の国から武力攻撃が加えられても、これによってわが国の国民全体の生命等に危険が及ぶことはあり得」<sup>426</sup>ず、他衛的要素を含むことになる。この部分を含んだ集団的自衛権は歴代の解釈を見てきたように、わが国は9条によって制限されてきた。これが「海外派兵」であり、平成26年の解釈においても、集団的自衛権の行使が認められる場合として、「我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある」とし、あくまでわが国に関わる場合であり、単に海外で自衛隊が他衛的に武力行使を行うことを認めていない。したがって、憲法9条は今でも「海外派兵」を含んだ集団的自衛権の行使を許していないと判断できる。

---

<sup>426</sup> 阪田雅裕『憲法9条と安保法制 - 政府の新たな憲法解釈の検証』（有斐閣、平成28年）10頁。

## 第5章 緊急時における人権保障

### 第1節 武力攻撃事態等における人権保障と制限の可能性および課題

－自由権に限定して－

#### 1 はじめに

わが国は他国等から武力攻撃を受けた場合、「武力攻撃事態対処法」（平成15年6月、以下、事態対処法）や「国民保護法」（平成16年6月）を適用し、事態に対処する。従来から武力攻撃に関する議論は国家緊急権や憲法9条を中心に行われてきた。他方で、武力攻撃などの対処だけではなく、国民保護法に基づき、武力攻撃から国民を保護するために人権が制限される。「自らの安全は他人任せ、その他の人の行動と自分の権利を常に対比させて一歩も譲らないのでは、安全・安心な社会自体が成り立たない」<sup>427</sup>のものであり、国民保護のため人権を制限することになる。しかし、国民保護法に対して批判的な見解は多い<sup>428</sup>。

事態対処法2条は武力攻撃、武力攻撃事態、武力攻撃予想事態、存立危機事態等を定め、国民保護法はこれに対応するように国民保護措置について定めている。国民保護法5条2項は「国民の差別取り扱いの禁止」と「思想及び良心の自由並びに表現の自由を侵すものであってはならない」と規定しつつ、同時に「国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても、その制限は当該国民の保護のための措置を実施するため必要最小限のものに限られ」とする。本来、憲法12条や13条により国民の人権は「公共の福祉」を根拠に制限することが認められており、国民保護法などでも「公共の福祉」による人権の制限を認めている。ただ国民保護法5条2項で「国民の差別取り扱いの禁止」と「思想及び良心の自由並びに表現の自由を侵すものであってはならない」と規定し、「国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても、その制限は当該国民の保護のための措置を実施するため必要最小限のものに限られ」としているが、その内容はきわめて不明確である。それ故、公共の福祉による人権制限の範囲を明確にする必要がある。ただ、武力攻撃状態は国内法のほかに国際法も直接関係するが、今回はジュネーブ第一議定書等の武力紛争に関する国際法を取り上げることができなかつたため、この問題は改めて言及したいと思う。

<sup>427</sup> 浜谷英博「国民保護法制の整備と課題」比較憲法研究第21号（平成21年）132頁。

<sup>428</sup> 額額厚「「国民保護法制」を批判する：本格化する「民間防衛」論と人権抑圧の試み」科学的社会主義（山口大学）第61巻（平成15年）50～55頁。仲地博「国民「保護」法制と基本的人権」法律時報75巻10号78頁。高野真澄「「国民保護法制」の法的構造」高松大学紀要43号（平成15年）23頁など。

## 2 武力攻撃事態等と人権

### (1) わが国の置かれている状況と法制度

現在わが国の安全保障環境は益々厳しさを増している。竹島問題、北朝鮮のミサイル開発などの朝鮮半島問題、尖閣諸島、台湾有事、中国による活発な太平洋進出、南シナ海をめぐる問題など、基本的に中国を中心にわが国周辺の安全保障環境は良くないといえる。

特に台湾・尖閣諸島はもっとも危険な地域であり、中国軍の動きが活発になってきている。尖閣諸島については日本固有の領土であり、中国海警局船舶が連日侵入または接近し、海上保安庁と対峙している<sup>429</sup>。また、台湾海峡周辺もかなり危険な地域といえる。台湾周辺で有事となれば、中国と米国が直接衝突する可能性は高い。そうなれば、在日米軍が対応することになり、在日米軍基地は中国の攻撃対象となってくる。攻撃対象は日本本土攻撃にほかならず、これにより基地周辺地域や住民に多大な被害が出る可能性がある。また特定公共施設利用法2条3号<sup>430</sup>により、武力攻撃事態等になった場合、民間空港なども自衛隊や米軍は利用することが可能となり、これらは当然攻撃対象となってくる。

万が一、このような有事（武力攻撃事態等<sup>431</sup>）となった場合、わが国では国民保護法が適用され、国民保護計画が実施される。国民保護法以外で、武力攻撃を受けた場合に適用さ

---

<sup>429</sup> 坂元茂樹「機能拡大する中国海警：中国海警法の狙いを探る」同志社法学73巻1号（令和3年）48頁。「今回の海警法制定により、世界最大ともいわれる海上法執行機関の力を背景に、中国による国際法違反の局面が立法から執行へと移ることになる。もし、これを許せば、南シナ海や東シナ海における海洋秩序を「法の支配」から「力の支配」に委ねることになる。中国公船（海警船舶）がより積極的な「維権執法（権益維持・法執行）」（第2条）の態度に出た場合、海上保安庁の巡視船との衝突の可能性はさらに高まると想定される。まして、海警の機能として防衛作成の任務が加わった（第83条）ことにより中国公船の重装備化が進んだ場合、海上保安庁では対応できない局面が生ずる可能性がある」と指摘している。

<sup>430</sup> 2条3号「この法律において「特定公共施設等」とは、港湾施設、飛行場施設、道路、海域、空域及び電波をいう」

<sup>431</sup> この武力攻撃事態等の有事について、田上喜一氏が整理をしている。これを参考にすると、①武力攻撃事態、②存立危機事態、③重要影響事態、④グレーゾーン事態と分類することができる。①と②については、自衛隊の行動として防衛出動が下命されている状態となり、①は個別的自衛権、②は集団的自衛権となる。③については日本が武力攻撃の当事者ではないが後方支援や探索活動など（自衛隊法84条の5）などを行うことになる。④については、自衛隊には治安出動や海上警備行動が下命される事態を想定している。①と②については実際に紛争が生じており、日本が武力衝突当事者となり、当然日本領土が攻撃対象となる。③については日本が直接の紛争当事者ではないが、在日米軍基地がある以上、日本領土への攻撃対象となる可能性がある。④については、尖閣諸島などで偶発的に武力が使用された場合も含む。日本領土に何らかの影響がある可能性が高いのは①であり、また②③も否定できない。④については領土攻撃への可能性は低いとはいえ、否定はできない。結局どれも何かの拍子に日本領土への攻撃へと変化する可能性を秘めている。（田上喜一『国民を守れない日本の法律－感染症、自然災害、ミサイル、侵略行為』（扶桑社、令和2年）213頁。）

れる法律で代表的なものは、自衛隊法、事態対処法、特定公共施設等利用法などである。特に本節では国民保護法、事態対処法を取り上げる。

前述のように現在、わが国の安全保障環境はいつ何が起るかわからない。そのために、わが国が攻撃を受けないようにするリスク・マネジメントを考えることはもちろんのこと、武力衝突あるいは武力攻撃を受けた場合を考えておかなければならない。武力攻撃を受けたあるいは受ける可能性がある場合、国民の生命や身体などをどのように守るか。その際に生じる人権の制限がどこまで可能なのかりスク・マネジメントを検討しなければならない。

## (2) 国民保護法・事態対処法と人権

国民保護法は「武力攻撃事態等において武力攻撃から国民の生命、身体及び財産を保護し、並びに武力攻撃の国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすること」とし、「国、地方公共団体等の責務、国民の協力、住民の避難に関する措置、避難住民等の救援に関する措置、武力攻撃災害への対処に関する措置その他の必要な事項を定めることにより、武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律（事態対処法）と相まって…武力攻撃事態等における国民の保護のための措置を的確かつ迅速に実施することを目的」（1条）とする法律で、国民保護のために人権制限を認めている。同法5条1項では「国民の保護のための措置を実施するに当たっては、日本国憲法の保障する国民の自由と権利が尊重されなければならない」とし、同条2項「前項に規定する国民の保護のための措置を実施する場合において、国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても…いやしくも国民を差別的に取り扱い、並びに思想及び良心の自由並びに表現の自由を侵すものであってはならない」と規定する。また、4条1項「国民は、この法律の規定により国民の保護のための措置の実施に関し協力を要請されたときは、必要な協力をするよう努めるものとする」、同条2項「前項の協力は国民の自発的な意思にゆだねられるものであって、その要請に当たって強制にわたることがあってはならない」と規定する。

国民保護法4条は、憲法18条（奴隷的拘束及び苦役からの自由）に関わることから、その制限を避け、要請による協力を主体とし、強制力を伴わないものとしている。つまり武力攻撃事態においてもなお国民に自発を求めている。これは、同法が人権を大事にしていることでもある。さらに同法5条で基本的人権尊重をうたい、他方でこの法律で人権制限について規定されている。しかし、思想及び良心の自由や表現の自由などは侵してはならないと規定している。

次に事態対処法は「武力攻撃事態等及び存立危機事態への対処について、…武力攻撃事態等及び存立危機事態への対処のための態勢を整備し、もって我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に資することを目的とする」（1条）のものであり、同法3条5項では「武力攻撃事態等及び存立危機事態への対処においては、日本国憲法の保障する国民の自由と権利が尊重されなければならない、これに制限が加えられる場合であっても、その制限は

当該武力攻撃事態等及び存立危機事態に対処するため必要最小限のものに限られ、かつ、公正かつ適正な手続の下に行われなければならない。この場合において、日本国憲法第14条、第18条、第19条、第21条その他の基本的人権に関する規定は、最大限に尊重されなければならない』としている。同法は武力攻撃事態等への対処、その中で人権の制限を認めている。しかし、他方で平等権、奴隷的拘束及び苦役からの自由、思想及び良心の自由、表現の自由については最大限に尊重しなければならないとしており、この点は国民保護法と同様に人権制限を認めるが、他方で制限を抑制している。

国民保護法、事態対処法はともに国民の自由と権利を尊重するものとしているが、同時に制限することを認めている。国民の保護のため、人権保障をどの程度すべきか。国民の生命、身体及び財産を守るためどの程度人権を制限できるか。現在、国民保護法5条2項では、経済的自由のみを制限し、それ以外の人権に対する制限については規定していない。そのため、同項が不明確ゆえにいざ攻撃を受けた場合に国民の生命などを保護するために、経済的自由以外の人権をどこまで制限できるのか、その場で判断することになる。緊迫する事態の中で、しかもこの狭い制限の範囲で本当に国民の生命、身体及び財産が保護できるのか。国民の生命が最優先となる事態となったとき、現行法では経済的自由以外を制限する根拠規定がないため、超法規的措置によって制限するしかない。しかし、それは法の支配に反する。それとも、経済的自由以外の人権制限はできないとするのか。そこで、現行憲法下で武力攻撃事態等に直面した場合、国民の人権制限について考察する。

### 3 武力攻撃事態等における人権の保障と制限

#### (1) 国民の生命、身体及び財産などの保護と公共の福祉

緊急事態の時、国民の生命を保護し、安全を確保するためには人権を制限することがある。武力攻撃の場合、攻撃が国民の生命を狙ってくることもある。そのため、被害を最小限に抑えるためにも、例えば攻撃に備えて居住者に対して強制的な「立ち退き」を求めたり、警戒区域を設定し立入を規制したりするなど、必要に応じて人権を制限する。その根拠となるのが「公共の福祉」である。公共の福祉は非常に抽象的な文言であり、その意味は多様である。「公共の福祉」について宮沢俊義教授の提唱する一元的内在制約説<sup>432</sup>が一般的と言われ、人の人権との衝突を調整するための原理といわれている。また、近年この学説だけでは公共の福祉を説明しきれないとする。例えば、人権として保障された行為が制限を受けている場合も、その制限が目的に照らして十分な根拠に基づいており、かつ、均衡のとれた手段であ

---

<sup>432</sup> 宮沢俊義『憲法II〔新版〕』（有斐閣、昭和46年）229頁。

れば、人権の制限を正当化することができるとする考え方が出てきている<sup>433</sup>。公共の福祉は人権制限する基準とするならば、その公共の福祉そのものの内容が明らかにされない限り、具体的制限の基準とはなりえない。高乗正臣教授も公共の福祉は、人権を制限する正当化根拠になるが、正当化理由にはならないと述べている。公共の福祉は正当化根拠となり、人権を制限する場合、その理由（正当化理由）や目的は個々の具体的事例に照らし合わせて考えるものと解する。そこで、武力攻撃事態等における国民保護法による人権の制限（特に自由権に対する制限）を行う場合、同法1条で規定する国民の生命、身体及び財産の保護を正当化理由とすることは可能であるのか。

判例において「国民の生命、身体（健康）及び財産の保護など」が人権制限の正当化理由として用いられている。破壊活動防止法違反事件<sup>434</sup>では、「右のようなせん動は、公共の安全を脅かす現住建造物等放火罪、騒擾罪等の重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為」については、たとえ表現の自由で保障される行為でも制限を受けるのはやむを得ないとする。ちなみに公共の安全を脅かす犯罪として当該判例の判旨で取り上げられている現住建造物等放火罪の保護法益は人の命、身体、財産であり、騒擾罪（そうじょうざい）の保護法益は一般的に公共の安全とされているが、学説では不特定または多数人の生命・身体・財産を保護法益とするのも有力とされている<sup>435</sup>。これを前提に考えると、これらの保護法益とする国民の生命、身体及び財産の保護によって表現の自由は制限できると解せるのではないだろうか。成田新法事件<sup>436</sup>では「公共の福祉による必要かつ法的な制限を受ける」とし、「工作物使用禁止命令により保護される利益は、…航空機の航行の安全の確保であり、それに伴い新空港を利用する乗客等の生命、身体の安全の確保も図られる」とされ、集会の自由は重要な表現の自由に含まれるとはいえ、生命、身体の安全の確保が「必要かつ合理的」であるため、これを理由に制限が認められる。銃砲刀剣類所持取締令違反事件<sup>437</sup>では「同令は…国民の生命財産の安全を期する目的をもつて制定せられたもの」で「右規定は社会公共の福祉保持のため必要な規定と解すべき」であるため、憲法29条に違反するものではないとしている。薬事法距離制限事件<sup>438</sup>においても、薬事法の制限は「医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに…不良医薬品の供給から国民の健康と安全とをまもるために…許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認」できるとする。

これらの判例を見るに、破壊活動防止法や薬事法などの法律の目的実現が公共の福祉とされるならば、国民の生命、身体（健康）及び財産の保護を人権制限の正当化理由としてい

---

<sup>433</sup> 長谷部恭男『憲法講話－24の入門講義』（有斐閣、令和2年）65～66頁。

<sup>434</sup> 最二判平成2年9月28日刑事255号337頁。

<sup>435</sup> 山口厚『刑法』（有斐閣、平成17年）362頁。

<sup>436</sup> 最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁。

<sup>437</sup> 最二判昭和37年4月6日刑集141号725頁。

<sup>438</sup> 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁

るとみることができる。しかし、これらの判例はあくまでも平時におけるものである。特に武力攻撃事態等の場合は、国民の生命が直接危機にさらされる事態であり、多くの生命が直接的に影響を受ける事態である。これらの判例で取り上げられた法律が想定する事態よりはるかに危険な事態である。そのため、平時でさえ「必要かつ合理的」な範囲で国民の生命保護を理由に人権の制限が正当化されている以上、有事では当然国民の生命保護を優先することは当然必要かつ合理的なものであり、人権の制限を正当化する理由になるといえるであろう。

次に公共の福祉による人権制限について政府では、「公共の福祉の内容や制約の可能な範囲につきましてもは立法の目的等に応じて具体的に判断されなければならない」<sup>439</sup>とする宮崎礼壹内閣法制局第1部長の答弁があり、国民保護法の目的は「武力攻撃事態等において武力攻撃から国民の生命、身体及び財産を保護し、並びに武力攻撃の国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすること」であり、これを公共の福祉として人権制限を判断することになる。さらに武力攻撃事態等による制限については「武力攻撃事態への対処のために国民の自由と権利に制限が加えられるとしても、国及び国民の安全を保つという高度の公共の福祉のため、合理的な範囲と判断される限りにおいては、その制限は憲法第13条等に反するものではない」<sup>440</sup>とする福田康夫内閣官房長官の答弁がある。ここで使われている「高度の公共の福祉」とは、他人の権利などの保護、社会公共の秩序維持など「必要」「合理的」な範囲で制限を認める公共の福祉とは異なる次元のものといえるのではないだろうか。武力攻撃事態では、人権を制限する場合の「必要」かつ「合理的」の範囲が平時とは異なるといえる。武力攻撃事態はもはや緊急時であり、もっとも「国民の生命、身体及び財産を保護」を必要とする事態となるため、その場合の公共の福祉はまさに平時とは異なる。そのため「高度」の公共の福祉となるといえよう。

## (2) 国民保護法によって制限される人権

武力攻撃を受けた場合は、地震などの災害や感染症蔓延など同じように国民の生命が危険にさらされる事態である。しかし、武力攻撃の場合は自然災害などと違い、国家そのものが攻撃を受けるものあり、政府機能が不全になるというレベルではなく日本という国がなくなるかなくなるかの次元である。また武力攻撃は、災害と異なり人工的なもので相手の意思が明確であり、深刻度は災害などの自然現象とは全く異なるといえよう。

そこで、国民保護法4条では国民の協力と、5条では「国民の保護のための措置を実施する場合において、国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても、その制限は当該国民の保護のための措置を実施するため必要最小限のもの」に限られると規定している。これを受けて、実際に国民保護法が制限している人権は、経済的自由権であり、その制限は罰則

<sup>439</sup> 第156国会平成15年7月16日参議院沖縄北方特別委員会5号4頁。

<sup>440</sup> 第154国会平成14年7月24日衆議院事態対処特別委員会第18号5頁。

を設けて、強制力を伴うものとなっている。

代表的なものとして、職業選択の自由（職業遂行の自由、営業の自由）の制限は、国民保護法 81 条 3 項で物資の売り渡しの要請ができ、正当な理由なく要請を拒否した場合で、救援を行うため特に必要があると認めるときに限り、当該特定物資を収用することができるとする。居住・移転の自由の制限は、武力攻撃災害時の生活関連等施設立ち入り制限（102 条 7 号）、警戒区域の設定（114 条）、交通規制（155 条）などであり、国民の移動の自由が制限されることになる。財産権の制限は、土地等の使用について土地等の所有者若しくは占有者が正当な理由がないのに同意をしないとき等の場合、避難住民等に収容施設を供与し、又は避難住民等に対する医療の提供を行うことを目的とした臨時の施設を開設するため特に必要があると認めるときに限り、同意を得ないで、土地等を使用することができる（82 条）ことである。それ以外にも、土地等の使用に関する立入検査（84 条）、放射性物質等による汚染の拡大の防止（107 条、108 条）などがあり、財産権を制限している。

しかし、国民保護法による制限は始めから強制的な権限を用いずに、まず前もって要請等を行い、国民の自発的な対応を求めることが優先される<sup>441</sup>。その後、強制手段（罰則）が採られるが、強制も極めて限定的なものとなっている。

さらに、同法 5 条で国民に不利益を課す場合（人権を制限することも含む）において①法律で定められた手続が適正で、かつその内容を事前に告知し、当事者に弁明と防御の機会を与え、②制限を課す根拠規定が法律で定められていなければならない、③当該根拠規定が明確であり、かつ、既定の内容が合理的でなければならない。また、同条 2 項では「いやしくも国民を差別的に取り扱い、並びに思想及び良心の自由並びに表現の自由を侵すものであってはならない」と、人権制限を抑制している。

国民保護法は武力攻撃事態等において国民保護法は国民の生命、身体及び財産の保護を理由として、人権の制限を正当化している。しかし、同法は経済的自由に対する制限のみを規定し、その制限はかなり限定的である。さらに前述のように武力攻撃事態等において国民保護法による人権制限に先立って、原則として国民に自発的行動を求めている。

#### 4 人権保障と制限の可能性および課題

##### （1）武力攻撃事態等における人権制限について

国民保護法の目的は、武力攻撃事態等において武力攻撃から国民の生命、身体及び財産を保護し、並びに武力攻撃の国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすることであり、この目的のために人権を制限することは正当な理由となる。

---

<sup>441</sup> 国民保護法制研究会『逐条解説 国民保護法』（ぎょうせい、平成 17 年）15 頁。

具体的に武力攻撃事態とは、本土が攻撃を受けるケースであり、このような事態に備えるためにも、制限されるのは経済的自由だけなのか、そのほかの自由権制限は必要ないのか考えておく必要がある。現行法では経済的自由の制限以外について規定はないが、他方で国民保護法 5 条 2 項では「その制限は当該国民の保護のための措置を実施するため必要最小限のもの」とし、経済的自由の制限に限らないともいえる。となると、武力攻撃事態等の内容や被害の状況に応じて、経済的自由以外の人権を制限することは認められると解することができる<sup>442</sup>。

国民保護法は、基本的人権を尊重する一方で、その制限を最小限としている。そして、国民保護法 5 条 2 項や事態対処法 3 条 5 項では、人権制限を抑制しているが、これら人権に対する「制限」まで「禁止」しているわけではない。国際人権規約 4 条では「国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合においてその緊急事態の存在が公式に宣言されているときは、この規約の締約国は、事態の緊急性が真に必要とする限度において、この規約に基づく義務に違反する措置をとることができる」<sup>443</sup>と規定している。また同条約 4 条後段では「その措置は、当該締約国が国際法に基づき負う他の義務に抵触してはならず、また、人種、皮膚の色、性、言語、宗教又は社会的出身のみを理由とする差別を含んではならない」とし、同規約 4 条 2 では「1 の規定は、第 6 条、第 7 条、第 8 条 1 及び 2、第 11 条、第 15 条、第 16 条並びに第 18 条の規定に違反することを許すものではない」としている。つまり、緊急事態が公式に宣言されている場合でも、平等権（4 条）や生命に対する権利、拷問又は残虐な刑の禁止、奴隷及び強制労働の禁止、契約不履行による拘禁、遡及処罰の禁止、人として認められる権利<sup>444</sup>、思想・及び宗教の自由<sup>445</sup>に反してはならないとする。

すなわち、国際人権規約では、「国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合においてその緊急事態の存在が公式に宣言されているとき」は、たとえ同条約で保障される人権といえども「制限」することは認めている。他方、このような事態でも一部の人権（同条約 4 条後段、4 条 2）は「制限」も禁止される。しかし、制限が禁止されている人権の中に、表現の自由は含まれていない。となると、国民保護法による制限は国際人権規約に比べて抑制的・限定

---

<sup>442</sup> ただ、国民保護法に規定がない以上、状況に応じて経済的自由以外の人権制限を行うとする場合は、超法規的措置を取らざるを得なくなる。これは、法の支配を否定するものであり、未然にその可能性について考え、法改正などを含めた対応をとる必要が生じるのではないか。

<sup>443</sup> 国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合においてその緊急事態の存在が公式に宣言されているときは、各国政府の解釈に任されており、日本政府の解釈次第であり、公の緊急事態を国民保護法適用事態と解することは十分可能である。

<sup>444</sup> 人として認められる権利とは、法律の前に人として認められる権利を有する渡海することができる。要するに人から人権・権利を奪ってはならないと解することができる。

<sup>445</sup> 思想及び宗教の自由については国際人権規約 18 条 3 で制限を認めている。同条では「宗教又は信念を表明する自由については、法律で定める制限であつて公共の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の基本的な権利及び自由を保護するために必要なもののみを課することができる」と規定し、公共の安全、公共の秩序のために必要な範囲で制限できるとしている。

的になっている。

それでは、なぜ国民保護法などの制限は国際人権規約以上に抑制的・限定的なのだろうか。もちろん、表現の自由への制限は報道の自由や知る権利を守るためであり、思想及び良心の自由への制限は思想統制や言論統制につながる恐れがあるからである。さらに、事態対処法は奴隷的拘束及び苦役からの自由に対して最大の尊重を求めているが、これは国民の徴用や徴兵制への警戒に配慮したからではないか。国民保護法、事態対処法も制限を禁止しているわけではない。であるならば、どの程度まで人権を「制限」することが可能か、その「制限」可能性を検討する。

## (2) 武力攻撃事態等における人権保障と制限の可能性

前述のように、国民の生命、身体及び財産なども「公共の福祉」によって制限されるが、それはあくまで平時の考え方であろう。先の福田官房長官の答弁でも武力攻撃といった事態には「高度の公共の福祉」のために、人権が制限されうることを認めていた。つまり、平時とは異なる次元で「公共の福祉」の意味を考えていると解することができる。平時の「公共の福祉」は個人を尊重し、極力抑制的かつ慎重な制限のみを認めるもので、これまでの判例において積み重ねられてきた。他方で、高度の公共の福祉は国の存亡にかかわり、国民の生命が直接の危険にさらされている時には、国民の生命保護こそが最優先されるのではないか。そして、これこそが「高度の公共の福祉」といえないだろうか。表現の自由などの保障は極めて重要であるが、武力攻撃などの事態においてはそれ以上に国民の生命こそが重要となる。したがって、従来の判例理論などと異なる次元で考える必要があるだろう。そのため、平時の公共の福祉による制限を認める「必要」かつ「合理的」な範囲が異なってくる。

新型インフルエンザ等特別措置法では感染の拡大を受けて、同法を改正し、制限の対象を拡大した。しかし、武力攻撃事態では、武力攻撃災害も発生し、一瞬にして状況が変わってしまうことから法律を改正する余裕はない。それ故、現時点において可能なリスク・マネジメントを考え、いかなる場合にどのような人権の制限が可能か、更に検討する必要があるだろう。

そこで、従来の判例に基づいて人権制限の可能性について検討する。表現の自由については、表現の自由の本質にかかわる表現内容の制限について慎重に考えなくてはならないが、比較的制限基準が緩い内容中立規制は可能であろう<sup>446</sup>。シリアでの現地取材を行おうとしたジャーナリストが旅券返納命令を受け、渡航の自由、また報道の自由が侵害されたとして起こした旅券返納命令及び渡航先制限取消請求事件<sup>447</sup>で、裁判所は「我が国の憲法がいかなる場合にも国民の生命・身体よりその報道及び取材の自由を優先して保護すべきものと

---

<sup>446</sup> 教育委員会委員選挙罰則違反事件（最大判昭和25年9月27日刑集4巻9号1799頁）。

「憲法21条は絶対無制限の言論の自由を保障しているのではなく、公共の福祉のためにその時、所、方法等につき合理的制限のおのずから存する」

<sup>447</sup> 東京地平成29年4月19日【LEX/DB 文献番号】25547177

しているものとは解されない」とし、憲法が何より国民の生命を優先していることを示した。さらに本件では報道や表現の内容について制限をかけているわけではなく、表現の場所、時、方法について制限しているものであるとした。この判決は表現の自由よりも国民の生命保護が優先されることを示すものである。この事件は危険な諸外国の地域に国民を渡航させないようにというものであり、国内における武力攻撃事態等とは異なるものであるが、国民の生命を危険にさらすことを回避しようとしている点では同じであり、報道の自由などの表現の自由よりも国民の生命の保護を優先していることを示している。

武力攻撃等の緊急事態においては、思想及び良心の自由は思想統制につながらない範囲で制限することは可能であろう。つまり、思想や信仰に基づく外部的行為に対する制限は可能であるので、武力攻撃時に反社会的行為、暴力的破壊活動を行えば制限できる。これについては破壊活動防止法違反事件<sup>448</sup>で裁判所は「せん動として外形に現れた客観的な行為を処罰の対象とするものあって、行為の基礎となった思想、信条を処罰するもので」なければ、制限することができるとしている。それ故、武力攻撃事態時に思想弾圧や思想統制といった内心にかかわるものでない限り、外形に現れた客観的な行為を制限することができるのではないだろうか。

もちろん、徴兵制や軍需産業への徴用といった奴隷的拘束及び苦役にあたるような制限を加えることは憲法 18 条の下では不可能であろう。国民保護法 4 条では、国民保護のための措置はあくまで協力要請であり、国民の自発性に委ねている<sup>449</sup>。しかし、武力攻撃によって生じる武力攻撃災害において国民の生命を守るためにやむを得ない事由があれば、国民を一定の役務に服させることはできるのではないか。自分自身や他者の生命保護に直接関連するものであり、強制従事命令を課すことは可能であろう。これは憲法 13 条にいう「生命…に対する国民の権利」、つまり人命尊重の原則によって正当化できるのではなからうか。ちなみに、災害対策基本法 65 条では「市町村長は、当該市町村の地域に係る災害が発生し、又はまさに発生しようとしている場合において、応急措置を実施するため緊急の必要があると認めるときは、当該市町村の区域内の住民又は当該応急措置を実施すべき現場にある者を当該応急措置の業務に従事させることができる」としており、従事命令を出すことができる。これに対して国民保護法はあくまで協力要請である。災害よりも深刻であるはずの武力攻撃事態である以上、当然、災害対策基本法以上の対処は可能であろう。少なくとも国民の生命保護のため、国民に対して従事命令は可能と考えられる。

### (3) 武力攻撃事態等における人権の制限に関する課題

危機管理を考える場合は、常に最悪の場合のリスクを考えておかなければならない。「リスク」とは「危機が発生する可能性を意味し、危機が発生する以前の潜在化した状態を指す

---

<sup>448</sup> 最二版平成 14 年 6 月 21 日【LEX/DB 文献番号】28085072

<sup>449</sup> 国民保護法による国民の協力対象は住民の避難、被災者の救援の援助、消防活動、負傷者の運搬、保健衛生に確保に関する措置の援助、避難に関する訓練への参加などである（国民保護法 11 条など）

ことが一般的である。リスク・マネジメントとは、危機が発生する以前にその危機を予防し、回避したり、その危機による被害を最小化したりするための事前の対策を立てることを意味する」、それに対して「クライシス」とは「危機が発生した後の状態のことを意味し、危機が発生し顕在化した後の事態を示す概念である」<sup>450</sup>とされている。これを武力攻撃事態等における人権制限に当てはめると、リスク・マネジメントは事前にどのような人権を制限すると、国民の生命を保護することができるのかを考えることである。これに対してクライシス・マネジメントは、武力攻撃が発生し、日本国民に被害が出ている状態においていかに悪化させないか、死傷者を最小限にしていくか考え、国民を保護するための復旧作業を考えるものである。さらに攻撃が止み、交戦状態が終わった後の復興を考える必要もある。このような場合、法律が想定していない事態も発生する可能性もある。しかし、そのような事態が発生した場合でも、いかにして人権保障を維持し、国民の人権を剥奪することがないようにするかを前提にした上で、人権の制限の限界を考える必要がある。

従来の判例による人権制限はあくまで平時できる制限の範囲であり、当然武力攻撃事態等の国民の生命に直接かかわる事態においても、これを用いることができる。人権制限の正当化根拠である公共の福祉論は、これまで平時の判例によって確立してきている。しかし本来は平時と有事に分け、有事には有事のルールをもって事態の対処に当たるのが普通である<sup>451</sup>。だからこそ、平時の公共の福祉とは違う、「高度の公共の福祉」が正当化根拠となる。例えば、現行憲法下で武力攻撃事態が発生した場合に、国民の生命の保護を理由としてさらに制限が認められるであろう。

まず表現の自由の制限は、現状の判例から見たように内容中立規制は可能であろう。内容規制に関しては、扇動的なものや政府の対応を阻害し、国民の生命や安全を脅かすものは制限することは可能といえるのではないか。国民の生命保護を理由に、例えば Twitter のような SNS や Web 上のコメントなどでの発言をすべて対象にする、言論統制のようなことは現行憲法では不可能である。しかし、デマやフェイクニュースは現代社会では必ず問題となる。武力攻撃により生じる混乱に乗じたデマやフェイクニュースに対する制限は可能か。実際に熊本震災の時は地震直後に動物園からライオンが逃げ出したとの tweet がなされ、混乱が生じ、動物園の業務が妨害された。これを武力攻撃事態等に置き換えた場合、例えば根拠なく「武力攻撃の場所が〇〇である」や、「敵国兵士が上陸した」といったデマ情報あるいは「敵性外国人によるテロ攻撃がある」などといった国民に混乱を招く恐れのある表現行為は容易に連想できる。万が一デマなどによって国民の間に混乱が発生すれば、国民保護法が規定する国民保護計画に支障をきたし、国民の生命を危険にさらす可能性さえもある。しかし、これは表現の内容にかかわるものであり、デマかどうか真偽の判断、また混乱が発生しているのか混乱発生の評価が課題となる。さらに、このような問題の発生が発生したとして

---

<sup>450</sup> 福田充「危機の時代における「危機管理学」の確立—日本大学危機管理学部危機管理学研究所の設置に際して—」危機管理研究創刊号（平成 29 年）9 頁。

<sup>451</sup> 田上、前掲書 24 頁。

も国民がしっかり状況を把握できれば最小限に混乱が抑えられる。そのためにも政府は国民に対して適切な情報発信と、情報の流通を平時より構築すべきである。

次に経済的自由は、特に居住・移転の自由が問題となる。現在の国民保護法による制限は警戒区域の指定やそこへの立ち入り禁止、退去などであり、国民の行動の自由を直接的に制限するものではない。警戒区域を指定し、事実上国民の行動の自由が制限されている。この制限に加えて、さらに居住・移転の自由について国民の行動に直接制限をかけることは可能か。国民に対する強制避難や強制隔離といった居住・移転の自由に対する制限は可能であろうか。武力攻撃は直接国民の生命にかかわる事態である以上、居住・移転の自由よりも公共の福祉を優先すべきであって、合理性の観点からさらに制限できると思われる。

最後に、奴隷的拘束及び苦役からの自由についていえば、国民保護法4条では、「国民は、国民の保護のための措置の実施に関し協力を要請されたときは、必要な協力をするよう努めるものとする」(1項)。しかし、その協力は国民の自発的な意思にゆだねられるもの(2項)と規定されている。つまり、国民保護措置に対して国民への協力要請、つまり国民の自発性に委ねられている。これを強制することは可能であろうか。国民保護措置とは、住民の避難、被災者の救援の援助、消防活動、負傷者の運搬などであり、自己又は他者の生命保護に直接かかわることが多い。であれば、国民の生命保護の観点から国民に強制することは可能であろう。しかし、例えば武力攻撃を受けたときの消火活動や応急活動、あるいは応急措置への従事を国民に命じることである。しかし、武力攻撃は災害と異なるため、従事している国民が標的になる可能性がある。そのためこれを実現するためには、相当高度な課題をクリアしなければならず、また公権力の暴走を抑制しなければならない。

## 5 おわりに

武力攻撃事態等は生命の危機が迫っている状況であり、生命を超えて人権を尊重しなければならないものはない。福田官房長官が言うように国及び国民の安全を守ることは「高度の公共の福祉」であり、平時における人権制限とは次元の異なるものであって、その違いを認識すべきである。その違いの認識や平時における思考の是正が課題といえよう。武力攻撃事態等における公共の福祉は、平時の考え方ではなく、有事であるという認識のもとに、生命確保を最優先すべきであり、高度の公共の福祉が要求される。これらの事態に備えるためにも、人権制限については経済的自由だけでよいのか、そのほかの自由権の制限は必要なのか、予め考えておく必要がある。少なくとも経済的自由以外の人権制限は現在の判例から見ても可能である。また、課題はあるものの「高度の公共の福祉」により更なる人権制限も不可能ではない。事が起こってからでは、国民の生命を保護するために超法規的措置を取らざるを得なくなることもある。これは、法の支配に反する。最終的に危機的状況において

は国家緊急権の導入による危機対応や、「高度の公共の福祉」を踏まえた法律の制定が必要になってくるであろう。

このように国家の危機管理、とくに武力攻撃事態等におけるリスク・マネジメントやクライシス・マネジメントを考えた場合、平時のうちから「高度の公共の福祉」に基づく人権の制限やその限界について、国民の生命保護を第一に考えた上で検討しておく必要があるだろう。

## 第2節 生命権保障と COVID-19 対策

### －生命権の優位性と人権制限可能性について－

#### 1 はじめに

新型コロナウイルス感染症（WHO【世界保健機関】はこのウイルスによる感染症のことを COVID-19 と名付けた。（以下、「COVID-19」とする）は、2019年12月に中国湖北省武漢市を中心に発生し、短期間で全世界に広がった。2022年4月時点で世界の感染者数が約5億人となり、わが国の感染者数は約700万人となっている。COVID-19の主な感染経路は飛沫感染と接触感染であると考えられている<sup>452</sup>。つまり COVID-19 は、我々が今まで通りの日常生活を過ごしていると簡単に感染してしまうものである。

そこで、世界各国は COVID-19 対策のために外出禁止や飲食店などの営業禁止措置を実施し、国民生活を事実上停止し、人権を制限している。日本政府も、COVID-19 対策のため新型インフルエンザ等対策特別措置法（以下、特措法）や感染症法などにより様々な政策を実行している。しかし、諸外国の外出禁止などの措置と異なり、日本の対応は要請を基本とする対策であり、強制力はない。わが国の対策は国民の自主性を基本としている。そのため、諸外国に比べ人権は大胆に制限されているわけではない。COVID-19 は感染拡大と縮小を繰り返し、収束の見通しが立っていない状況であり、わが国でもより強い規制・制限をすべきとの声もある。

COVID-19 対策は国民の「生命」を守るためのものである。憲法13条「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定し、国民の

---

<sup>452</sup> 「新型コロナウイルス感染症に備えて～一人ひとりができる対策を知っておこう～」(首相官邸 HP：<https://www.kantei.go.jp/jp/headline/kansensho/coronavirus.html>) 閲覧日：令和4年4月9日

「生命に対する権利（生命権）」は国政上最大の尊重を必要としている。

そこで、日本国憲法下で、はたして感染症対策による人権制限の強化はどこまで可能であろうか。まず COVID-19 対策を行う上で生命権保障を最優先と捉え、まず生命権は現行憲法によって保障できるのか。本節は COVID-19 の感染対策における生命権保障のため、生命権保障の優位性、優位性に基づく他の人権の制限の正当化について考察を試みる。

## 2 生命権について

### （1）生命権に関する先行研究

日本国憲法 13 条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定し、「生命権」「自由権」「幸福追求権」に対して最大の尊重を求めている。憲法学界では、憲法 13 条はこの 3 つの権利をまとめて幸福追求権とし、包括的人権と捉え、人権の総則的規定ないし新しい人権の根拠条文と解する。しかし、憲法 13 条の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」はそれぞれ独立の権利であり、生命権は自由権や幸福追求権とは区別された権利であるとする見解がある。

その 1 つが救命救急医療との関連を中心に憲法による生命権保障を検証した桜田教授の研究である。桜田教授は「現行法制の下において、憲法上の生命権の保障が具体的権利として、…権利内容が人間的存在の原点である生命の維持の問題であるだけに、簡単に否定することは困難であろう」としている<sup>453</sup>。またドイツ基本法 2 条 2 項において生命権が保障されていることに鑑み、憲法 13 条においても「生命」の文言がある以上、日本も生命権を独立して保障すべきとする嶋崎教授の研究もある<sup>454</sup>。さらに生命権の具体的内容に言及した山内教授の研究<sup>455</sup>である。山内教授の研究によれば、生命権を自由権や幸福追求権と区別して把握すべき根拠として、①憲法 13 条の文理解釈上の理由、②生命は人間にとってかけがえのない尊貴な価値を持つものであり、これを独自の人権として構成することになんら障害もなく、③生命権を独自の人権としてとらえるのは、第二次世界大戦後の国際的な動向にも呼応したものである<sup>456</sup>。生命権という場合には生命に対する侵害排除権、生命の保護

---

<sup>453</sup> 桜田誉「憲法における生命権の保障－救命救急医療との関連を中心として－」関西大学法学論集第 37 巻 2・3 号 241 頁以下。このほかに、生命権について検討した「生命権について」関西大学法学論集第 38 巻 5・6 号 1219 頁以下がある。

<sup>454</sup> 嶋崎健太郎「憲法における生命権の再検討－統合的生命権に向けて－」法学新報 108 巻 3 号（平成 13 年）31 頁以下。

<sup>455</sup> 山内敏弘『人権・主権・平和－生命権からの憲法的省察』（日本評論社、平成 15 年）2 頁以下。

<sup>456</sup> 1948 年の世界人権宣言 3 条で「すべて人は、生命、自由及び身体の安全に対する権利を有する」と規

請求権があり、前者は特に国家からの生命への侵害を排除する目的から、死刑制度の違憲性や平和的生存権と関連し、後者は国家による生命の保護を求めるものであり、社会権的側面を有する。さらに生命の危機にさらされるなどの場合、国民が国家にその保護を求める権利とも解されている<sup>457</sup>。石村教授は妊娠中絶論争を中心にアメリカやドイツの判例を比較検討し、憲法における胎児の生命権について研究している<sup>458</sup>。青柳教授は生命権の歴史的解釈、他者の侵害からの生命権保護、そして生命科学などにおける人間の尊厳と生命権について検討している。例えば、クローン技術において未出生生命や胚を利用し、死滅させる合憲性は、生命に重きを置いた慎重で厳格な較量のもとで判断しなければならないとしている<sup>459</sup>。

このように生命権に関する先行研究は、生命の大切さを国家からいかに守るか、さらに最新技術と尊厳などの倫理観を中心に論じられている。ただ他方で、国が危機的状況において国民の生命を保障するために他の人権を制限せざるを得ないこと、制限するための正当化理由として生命権の優位性について検討するものは少ない。そこで本節では、生命権の先行研究を踏まえつつ、COVID-19の感染症対策を中心に生命権の保障とその優位性について検討する。

## (2) 生命権の保障とその性質

憲法13条は幸福追求権を中心とする新しい人権の根拠とされるが、包括的人権であって、「生命、自由、幸福追求に対する国民の権利」はそれぞれ独立した権利と捉えられてこなかった。その1つの理由は、生命権については憲法25条で生存権が保障されており、国民の生存、つまり生命を保護することが国に義務づけられているためであると考えられる。国民の生存は、生存権に基づく生活保護などの社会保障制度によって確保される。そのため生存権保障による生活の確保が確立されていれば、あえて生命権を独立した権利としてとらえる必要がない。また、個人の尊重が憲法の根本であり、個人を尊重するからこそ、人権が保障される。そのため、独立した権利として捉えるよりも「生命、自由及び幸福追求」はどれも人権保障の基礎であり、個人の尊重にとって必要不可欠であるため、一括りにされていると考えられる。

---

定し、さらにこれを受けた1966年の国際人権規約B規約第6条では「すべての人間は、生命に対する固有の権利を有する。この権利は、法律によって保護される。何人も、恣意的にその生命を奪われない」と規定している。1989年の児童の権利に関する条約第6条第1項でも「締約国は、すべての児童が生命に対する固有の権利を有することを認める」と規定している。また、地域的な条約でも、例えば欧州人権条約第1節第1条で「すべての者の生命に対する権利は、法律によって保護される。何人も、故意にその生命を奪われない」と規定している。

<sup>457</sup> 同上、7頁以下。

<sup>458</sup> 石村修『基本権の展開』（尚学社、平成29年）67頁以下。

<sup>459</sup> 青柳幸一「憲法学における「生命に対する権利」」『国際人権』第17号（信山社、平成18年）、16頁以下。

次に、この生命権の性質について、山内教授は「大きく、生命についての侵害排除権と生命についての保護請求権の 2 つに分けられる」とした上、前者は①自己の生命を剥奪されない権利、②戦争などで生命を奪われ、危険にさらされることのない権利、③生命保持存続に関する自己決定権とする。後者は④生命の侵害からの保護を国家に求める権利、⑤最低限度の生存を国家に求め、生存保障を求める権利とする<sup>460</sup>。このことから、生命権は自由権的側面と社会権的側面があることがうかがえる。また、嶋崎教授は、生命権は他の人権規定との関係では一般法と特別法の関係に立つことになり、生命権の内容が憲法 18 条、31 条、33 条以下でカバーできず、カバーできない部分については、個人の生命・健康が侵害される危険もあるので、人権体系上 13 条において生命権を独立させる実益はあるとする<sup>461</sup>。

このように、生命権は国民の命に対する不当な侵害を防ぎ、生命が侵害される危険がある場合に、それを防止するために主張される。さらに生命権は侵害防止や国家の保護義務だけでなく、あらゆる事態において国政が生命を優先して、政策立案するための根本となる。それ故、生命権は緊急時において国に対して国民を守る責務を要求する権利（社会権的側面）、あるいは危機的状況を想定して国民を守るための法整備（人権制限を含む）を要求する権利ともいえるであろう。まさに国家が国民の生命保護の義務を負うべきは、外国からの武力攻撃など危機的な状況のときであり、このような場合、政府は国民の生命権を最大限保障するため、他の人権を制限することも当然ありうる。

### 3 生命権の保障と公共の福祉

#### （1）生命権の保障の現状

憲法 13 条が「生命」と明記しているのは、アメリカ独立宣言第 2 節をモデルとしたといわれる。同宣言第 2 節には「Life, Liberty and the pursuit of Happiness」の文言があり、憲法 13 条の淵源はここにさかのぼることができる。また、1776 年のヴァージニア州権利章典で「権利とは、財産を取得所有し、幸福と安寧とを追求獲得する手段を伴って、生命と自由とを享受する権利である」とし、生命について言及している。

また、第 2 次世界大戦後の世界においては生命権を独自の権利として保障する傾向が見られる。1948 年の世界人権宣言 3 条では「すべて人は、生命、自由及び身体の安全に対する権利を有する」と規定し、さらにこれを受けた 1966 年の国際人権規約 B 規約第 6 条では「すべての人間は、生命に対する固有の権利を有する。この権利は、法律によって保護され

---

<sup>460</sup> 山内敏弘「基本的人権としての生命権の再定立」龍谷法学 53 巻 2 号（令和 2 年）10 頁。

<sup>461</sup> 嶋崎・前掲論文 51 頁以下。これらの見解を見ると、生命権は生存権とは異なり、生存するための最も重要である命そのものを国家が保障するということになり、また他の人権に共通するまたはすべての人権を保障するための根本であり、一般法的権利であるといえる。

る。何人も、恣意的にその生命を奪われない」と規定している。1989年の児童の権利に関する条約第6条第1項でも「締約国は、すべての児童が生命に対する固有の権利を有することを認める」と規定している。また、地域的な条約でも、例えば欧州人権条約第1節第1条で「すべての者の生命に対する権利は、法律によって保護される。何人も、故意にその生命を奪われない」と規定している。

このような国際法の動向を踏まえ、各国憲法は生命権保障を規定している<sup>462</sup>。カナダ憲法(1982年)第7条では「すべての人は、生命、自由及び身体の安全性ならびにそれらを基本的な正義の諸原則に合致した形でなければ剥奪されないという権利を有する」と規定し、ドイツ基本法(1949年)第2条2項では「各人は、生命への権利および身体を害されない権利を有する」と規定している。ドイツ基本法2条2項の生命権に関する保障の具体的内容は、国家機関に対して生命の保護と支援に関する義務である。また、2項は国家に対して主観的な保護だけでなく、客観的法秩序により生じるものでもある<sup>463</sup>。このほかにスイス連邦憲法第10条で「すべての人間は、生命に対する権利を有する」とし、ロシア憲法20条「各人は、生命に対する権利を有する」やスペイン憲法15条「何人も生命及び身体的、精神的不可侵の権利を有し…」とする生命権に関する規定がある。

世界では生命権は、自由権や他の人権と区別された人権として捉えられている。この背景には、第2次世界大戦において多くの犠牲があり、命が軽視されてきたことがあろう。人類は生命の損失を再び繰り返さないために生命権を憲法によって保障している<sup>464</sup>。つまり、国家によって生命が奪われることを防ぐためであり、このように自由権的側面から生命権を保護しようとするのが国際法的な流れであることを考慮するならば、憲法13条についても同様に考えることができよう。

国際法や各国憲法における生命権の保障は必ずしも本節のテーマである感染症対策などの危機的状況における生命保護を目的としているわけではない。生命権保障の多くは死刑制度と関連している。つまり、国家の刑罰権によって国民の生命を奪うことを制限するという自由権的側面で捉えられている。例えば、スイス憲法では「すべての人間は、生命権に対する権利を有する。死刑は禁止される」とし、ロシア憲法では20条1項で生命権について規定して、2項で死刑について規定している。スペイン憲法も15条も生命権を有するとしたうえで、「いかなる場合も、拷問又は非人道的もしくは屈辱的な刑罰もしくは取扱いを受けてはならない。死刑はこれを廃止する。ただし、戦時における軍事刑法が定める場合は、この限りではない」と、死刑などの刑罰に関する条項とともに生命権について言及している。これらのことから、多くの国で生命権は死刑制度といった刑罰と関連して保障されている

---

<sup>462</sup> 以下、各国憲法の序文の訳に関しては、初宿正典・辻村みよ子編「新解説世界憲法集 第4版」(三省堂、平成29年)、畑博行・小森田秋夫編「世界の憲法」(有信堂、平成30年)を参照した。

<sup>463</sup> Karl-Heinz Seifert/Dieter Hömig *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* 7. Aufl. (Nomos, 2003) S.59

<sup>464</sup> 山内・前掲書7頁。

ことが多い。これらは国家権力（刑罰権）の介入から生命を保護するものである。

しかし、一方でドイツ基本法 2 条 2 項が保障する生命権は、国家機関に対して生命の保護と支援を含むものであり、国家による介入を防ぐだけでなく、国家に由来しない侵害から生命を保護する義務も含まれているとされる<sup>465</sup>。国家に由来しない侵害とは、例えば核廃棄物処理、生命や健康を損なう環境侵害などである。この国家による生命保護の義務に COVID-19 などの感染症から生命を守ることも含まれるのか。この点、山内教授は生命権の保障内容の中には、生命の侵害からの保護を国家に請求する権利が含まれるとし、COVID-19 対策も国家の生命権保護義務の一環ととらえている<sup>466</sup>。つまり、社会権的側面で生命権を捉えている。

このような観点からすれば生命権の保障は、国家が国民の生命を積極的に保護することも含まれることになる。それ故、COVID-19 などの感染症をはじめ、わが国に対する武力攻撃や大地震、自然災害などの国家的な危機的状況において、国家は最善を尽くして国民の生命を守らなければならない。

## （2）生命権の優位性

日本国憲法 13 条は「生命、自由、幸福追求」の順で「生命」を最上位に位置付けている。これは、生命権こそが人権保障の根幹であることを示すものである<sup>467</sup>。だからこそ、生命権を独立した権利と考え、生命権を保障するために国家は様々な状況に対応した施策を実行していかなければならない。

国家が COVID-19 のような危機的状況において国民への感染の防止するのは、国民の生命権を保障するためである。他方で、危機的状況において生命権の保障を国家が優先すれば、他の人権を制限せざるを得ない。例えば、COVID-19 対策で国民の生命権を最大限保障するために、ロックダウンを行い国民の行動の自由を制限する場合、生命権の保障は確かに他の人権の制限する際の正当化理由となりえよう。しかし、他の人権を規制する際には当然、慎重さと生命権の優位性とのバランスが不可欠である。

そこで、生命権の優位性を根拠として他の人権を制限する場合、日本国憲法では「公共の福祉」を人権制限の正当化根拠としていることから、具体的事例を考えてみよう。従来の判例では「生命権の保障」を直接の根拠として、他の人権制限の合憲性を判断したものはない。ただ、判例の中には「生命」の保護を理由に人権制限を正当化しているものがあることから、本節では、「生命」の保護も生命権の保障に含めることとする。判例が公共の福祉の観点から「生命」の保護を理由に他の人権の制限を認めていることから考えて、ここに生命権の優

---

<sup>465</sup> Konrad Hesse "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland" 20. Aufl (C.F.Müller,1999) S.162

<sup>466</sup> 山内、前掲論文 24 頁以下。

<sup>467</sup> 山内、前掲書 18 頁。「生命権は最も基本的な人権の名に値すると思われるのである」としているように、生命権保障は人権の根幹といえるであろう。

位性を見出すことができるのではなかろうか。

### (3) 「生命」の保障と公共の福祉

生命権の保障を国に求める場合、国は「公共の福祉」を理由として集会の自由（表現の自由）や移動の自由（居住移転の自由）を制限することができるのか。ここで取り上げる判例はあくまで平時であるが、平時においても「生命」の保護を理由に他の人権を制限している。

中核派が泉佐野市の市民会館を使って集会を開催しようとして申請したが市側から不許可処分を受け、これが集会の自由を保障する表現の自由を侵害するとした事件<sup>468</sup>で、最高裁は「本国会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本国会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべき」とし、極力表現の自由に対する制限を回避しようとしたとしても、「生命」などへの危険の防止を目的とする場合に限定すれば、表現の自由に含まれる集会の自由を制限することができるとした。この事案では、市立泉佐野市民会館条例に基づき、「全関西実行委員会」（中核派）が使用申請を行ったところ、許否の専決権者である泉佐野市総務部長が、本件集会のための本国会館の使用が、本国会館の使用を許可してはならない事由を定めた本条例7条1号の「公の秩序をみだすおそれがある場合」及び3号の「その他会館の管理上支障があると認められる場合」に該当すると判断した。これはあらかじめ、住民などの「生命」保護などを目的とした規定と解することもできる。であれば、本条例とこれに基づく市の本件不許可処分は住民（国民）の生命権を保障（生命の保護を求めた結果）するためであり、これにより集会の自由が制限されたものと解することができる。

さらに銃砲刀剣類等所持取締令26条1号、2条及び火薬類取締法59条2号、21条の各規定の憲法29条違反であると主張された事件<sup>469</sup>で、最高裁は「同令は、かかる犯罪を未然に防止するため原則としてこれら物件の所持を禁じ、もつて国民の生命財産の安全を期する目的をもつて制定せられたものであり、右所持を原則として禁止した右規定は社会公共の福祉保持のため必要な規定と解すべき」とし、国民の生命財産を理由に財産権を制限している。これも銃砲刀剣類等が世間に流通することによって犯罪が多発し、国民の命が危険にさらされることを未然に防止するためであり、その危険を予め除去をすることで、国民の生命権保障を満たすものともいえる。

最後に薬事法距離制限規定事件では薬事法の許可制について最高裁判所は「医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、…不良医薬品の供給から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置」であるとして、薬事法によ

<sup>468</sup> 最三判平成7年3月7日民集49巻3号687頁。

<sup>469</sup> 最二判昭和37年4月6日刑集141号725頁。

る職業選択の自由への制限（警察目的規制）は認められるものとした。これもあらかじめ薬事法で不良薬品の供給を規制しておくことにより、国民の生命権を保障するものといえる。

以上の判例では、国民の「生命」の保護と制限される人権を比較衡量している。泉佐野市の判例では、人権の中でもその制限が非常に厳格かつ慎重に行われる表現の自由ですら、生命に対する侵害防止が優先されている。ここでいう「生命」は憲法13条が定める「生命…に対する国民の権利」であり、これも国家による生命権の保障ともいえるのではなかろうか。とすれば生命権を保障するために、国は生命の保護を究極の目的とした法律を制定し、他の人権を制限できることになる。しかし、その法律や条例がたとえ究極的に生命権を保障するためとはいえ、行き過ぎた人権制限は当然許されない。

このように平時の判例においても生命権を保障するために他の人権の制限が可能となっている以上、災害や武力攻撃などの緊急時においても、同程度の人権制限は可能であるといえるのではなかろうか。もちろん、緊急時であればより一層の生命権の保障が求められるため、さらなる人権制限を行うことにもなる。ただ、その場合はまだ判例もなく、経験したことないため、生命権の保障によってどの程度制限できるか課題である。

## 4 COVID-19 対策と生命権

### (1) 新型インフルエンザ等特別措置法と人権制限

わが国は現在（令和4年4月9日時点）国内の感染者数は700万人を超え、そのうち2万8千人以上が死亡している。ワクチン接種も進んでいるが、完全に感染を防ぐことはできず、治療薬もまだ開発段階にある。日本政府はCOVID-19に対応するため特措法や感染症法などで対策を講じてきた。特に特措法により緊急事態宣言が4回（令和4年4月時点）発出された。

特措法は平成13年のH1N1インフルエンザのパンデミックを踏まえて、平成24年に新型インフルエンザ及び全国かつ急速なまん延のおそれのある新感染症に対する対策の強化を図り、国民の生命及び健康を保護し、国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的として制定された<sup>470</sup>。その対象は新型インフルエンザ、再興型イン

---

<sup>470</sup> 「この法律は、国民の大部分が現在その免疫を獲得していないこと等から、新型インフルエンザ等が全国かつ急速にまん延し、かつ、これにかかった場合の病状の程度が重篤となるおそれがあり、また、国民生活及び国民経済に重大な影響を及ぼすおそれがあることに鑑み、新型インフルエンザ等対策の実施に関する計画、新型インフルエンザ等の発生時における措置、新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置、新型インフルエンザ等緊急事態措置その他新型インフルエンザ等に関する事項について特別の措置を定めることにより、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律(平成10年法律第114号。以下「感染症法」という。)、その他新型インフルエンザ等の発生の予防及びまん延の防止に関する法律

フルエンザ、新感染症となっている。COVID-19 は新感染症に該当しないとする解釈を政府がとることを表明したため、同法で COVID-19 感染拡大防止のための緊急事態宣言を出すことができなくなった。そこで政府は令和 2 年 3 月 10 日に COVID-19 の発生及びそのまん延により、国民の生命及び健康に重大な影響を与えることが懸念される状況に鑑み、COVID-19 を特措法に規定する『新型インフルエンザ等』とみなすための改正案が衆議院に提出され、3 月 13 日に可決し改正された。

当初特措法は「要請」を中心とし、要請に応じなかった場合、少し強めの「指示」を行うことができたが、強制力はなかった。罰則をもって強制力を発揮するのは財産権に対する規制だけである。店舗の休業や外出、移動の自粛については協力要請ができるが、従わなかった場合の罰則規定はなく、強制力はなかった。そこで令和 3 年 2 月に特措法が改正され、現下の新型コロナウイルス感染症に係る対策の推進を図るため、「まん延防止等重点措置」を創設し、営業時間の変更の要請、要請に応じない場合の命令等を規定し、罰則（過料）が追加された<sup>471</sup>。これにより、強制力をもって人権制限する範囲が拡大した。

特措法 1 条にあるように「国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにする」ためであり、これが COVID-19 対策における人権制限の正当化理由ということになる。COVID-19 対策は国民の生命や健康などを保護すること、つまり生命権保障を理由に人権制限を正当化している。改正特措法の強制力を伴う措

---

と相まって、新型インフルエンザ等に対する対策の強化を図り、もって新型インフルエンザ等の発生時において国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的とする。」(1 条)

<sup>471</sup> 具体的には、①特定の地域において、国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼすおそれがあるまん延を防止するため、「まん延防止等重点措置」を創設し、営業時間の変更等の要請、要請に応じない場合の命令、命令に違反した場合の過料を規定する。②緊急事態宣言中の施設の使用制限等の要請に応じない場合の命令、命令に違反した場合の過料を規定する。具体的には、生命権を保障するために経済的自由権を制限している。例えば、施設管理者等が正当な理由がないのに学校、社会福祉施設、興行場、多数の者が利用する施設を管理者やイベントなどの開催者に対して、施設の使用制限や停止などに応じないときは、特定都道府県知事は、新型インフルエンザ等のまん延を防止し、国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済の混乱を回避するため特に必要があると認めるときに限り、当該施設管理者等に対し、当該要請に係る措置を講ずべきことを命ずることができる（特措法 45 条）。もしこの命令に違反した場合、違反者は 30 万円以下の過料に処される（特措法 79 条）。さらに、まん延防止等重点措置が講じられた場合、事業を行う者に対し、営業時間の変更その他国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼすおそれがある重点区域における新型インフルエンザ等のまん延を防止するために必要な措置として政令で定める措置を講ずるよう要請することができる（特措法 31 条の 6 第 1 項）。そして、この要請を受けた者が正当な理由がないのに当該要請に応じないときは、都道府県知事は、当該要請に係る措置を講ずべきことを命ずることができ（同条 3 項）、この命令に違反したときは当該違反行為をした者は、20 万円以下の過料に処される（特措法 80 条 1 号）。これにより、従来の特措法に比べ、人権をさらに制限することになった。改正特措法は罰則によって、その目的である「国民の生命及び健康を保護」（1 条）をより強固なものにした。

置は、その目的が「国民の大部分が現在その免疫を獲得していないこと等から、新型インフルエンザ等が全国的かつ急速にまん延し、かつ、これにかかった場合の病状の程度が重篤となるおそれがあり、また、国民生活及び国民経済に重大な影響を及ぼすおそれがあることに鑑み、…新型インフルエンザ等に対する対策の強化を図り、もって新型インフルエンザ等の発生時において国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすること」であり、経済的自由、特に職業選択の自由（営業の自由）や財産権の制限である。まさに目的は国民の生命権の保障を実施するためのものと解することができ、これが憲法上の人権制限の正当化理由と解することができる。

## （２）ドイツ基本法 2 条 2 項と COVID-19 感染拡大防止

日本国憲法 13 条と同じようにドイツ基本法 2 条 2 項「何人も、生命に対する権利および身体を害されない権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利は、ただ法律の根拠に基づいてのみ、侵すことができる」と規定され、憲法 13 条「生命…に対する国民の権利」と同様に「生命に対する権利」を保障している。ドイツでも COVID-19 の感染対策を実施した。それは「バー、クラブ、劇場、美術館・博物館、映画館、動物園、スポーツ施設、児童遊園は当面閉鎖される。さらに、地域の同好会・集会所や、スポーツ施設・レジャー施設での会合やイベント、教会、イスラム教寺院、ユダヤ教会堂など信仰共同体での集会も当面禁止の対象となる」<sup>472</sup>とされ、またロックダウンを導入し、移動制限などに一部のラントでは罰則を導入している。一部とはいえ、集会の自由（表現の自由の一部）の保障にも制限が及び、わが国よりも厳しい措置となっている。

ドイツ連邦憲法裁判所は、COVID-19 感染拡大阻止に講じられてきた措置に関する事案について多くの決定を下してきている<sup>473</sup>。ドイツの COVID-19 感染防止対策では、集会の自由、信教の自由、行動の自由などを制限している。例えば、2020 年 4 月 9 日連邦憲法裁判所第 1 法廷第 1 部会決定<sup>474</sup>では、2020 年 4 月 9 日午後 4 時から午後 7 時まで、ヴィッテルスバッハーブリュッケの南、ミュンヘンのブラウナウ鉄道橋の北にあるイザールの東岸で、「コロナ危機の間でも集会の自由を保護する」というテーマで野外集会を実施しようと 4 月 6 日に届出したが、棄却された事例である。連邦憲法裁判所は制限の目的は、特に、生命と身体の完全性の保護であり、基本法の第 2 条第 2 項、第 1 項に基づいて保護するという規定により、国家は原則としてこれを義務付けられている。予定された集会が開かれたときに、自発的な参加者、見物人、反対デモ参加者など、多数の人々が限られたスペースに集まるとすれば、ウイルスがさらに理解できないほど広がるリスクが実際に発生し、特に医療能力の過負荷から保護するために回避する必要があるとした。このことは、集会の自由は

<sup>472</sup> ドイツ連邦共和国大使館・総領事館ホームページ (<https://japan.diplo.de> 閲覧日令和 3 年 10 月 7 日)

<sup>473</sup> 岡田俊幸「コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所」日本法学第 86 巻 2・3 号（令和 2 年）117 頁。

<sup>474</sup> BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 09. April 2020 ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200409\\_1bvq002920.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/qk20200409_1bvq002920.html))

生命保護（生命権保障）より優先すべきことでないことを示している。

また、2020年4月28日連邦憲法裁判所第1法廷第2部会決定<sup>475</sup>では、バーデン・ヴュルテンベルク州では、一般向けのフィットネススタジオの運営は2020年5月3日まで禁止されていた。連邦憲法裁判所は「国家はまた、基本法の第2条第2項に従って生命および身体的無暇性に対する基本的権利に基づいて保護する義務を負っている。生命にかかわる危険に対して、フィットネススタジオの運営者の職業の自由及び利益は現在劣位に置かなければならない」とし、生命権保障が優先されるとしている。

ドイツでは、国からの様々な措置により多くの人権（基本権）保障を制限している。その制限の多くが基本法2条2項で規定されている国家の生命保護（生命権保障：Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.）を根拠としている。このように生命権が優先して保障され、そのほかの人権を制限しているといえる。

## 5 COVID-19 対策による人権制限の可能性

### （1）COVID-19 対策における緊急事態宣言と国際人権規約

まず、今回 COVID-19 対策では特措法に基づき緊急事態宣言が発出され、さらに蔓延防止措置も取られている。この場合、国際人権規約4条では「国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合においてその緊急事態の存在が公式に宣言されているとき」と解することができ、さらに同条約は「この規約の締約国は、事態の緊急性が真に必要とする限度において、この規約に基づく義務に違反する措置をとることができる。ただし、その措置は、当該締約国が国際法に基づき負う他の義務に抵触してはならず、また、人種、皮膚の色、性、言語、宗教又は社会的出身のみを理由とする差別を含んではならない」とし、さらに生命に対する権利（6条）、拷問又は残虐な刑の禁止（7条）、奴隷及び強制労働の禁止（8条）、契約不履行による拘禁（11条）、遡及処罰の禁止（15条）、人として認められる権利（16条）、思想・及び宗教の自由（18条）の規定に違反してはならない（＝侵してはならない）とされている。COVID-19 対策はまさに治療薬もまだ確立できておらず、多くの死者を出すものであり、「国民の生存を脅かす」ものであり、国民生活への影響（特措法31条）を考え、特措法により緊急事態宣言が発出された<sup>476</sup>。

---

<sup>475</sup>BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 28. April 2020

([http://www.bverfg.de/e/rk20200428\\_1bvr089920.html](http://www.bverfg.de/e/rk20200428_1bvr089920.html))

<sup>476</sup> 国際人権規約4条の「国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合においてその緊急事態の存在が公式に宣言されている」とは、例えば戒厳令や非常事態宣言、あるいは緊急事態宣言と各国様々であり、この解釈については各国政府に委ねられている。従って、特措法による緊急事態宣言は同条約4条の「宣言」に含まれるかどうかは日本政府の解釈次第であるが、含まれると解することもできる。

国際人権規約では平等権、刑罰手続きなどの保障を中心に人権制限に歯止めをかけているが、それ以外の人権について言及はない。そこで、COVID-19 対策を考えるうえで、同条約の趣旨を踏まえて、わが国において緊急事態宣言などの場合において、さらに人権を制限することができるのか。具体的には経済的自由の制限の範囲拡大や表現の自由などの制限である。

経済的自由権に対する制限は、さらに臨時の医療施設を開設するために土地等の所有者に対して同意なく土地を使用でき（49 条）、医薬品などの特定物資の保管を命じることができる（同条 3 項）。これらについても罰則により強制力がある措置となる。それ以外の人々の行動に制限をかける外出については強制力をもって制限できるのか。

さらに表現の自由、特に集会の自由に対して制限することができるか。例えば、イベント開催の制限や停止（45 条）などは、要請であり強制力を持たないものである。これらについて、罰則付きの強制力などを課すことで、制限することができるのか。

## （2）経済的自由の制限拡大

わが国では経済的自由、特に居住・移転の自由の制限について果して諸外国のようにロックダウンといった形で外出の禁止まで行うことは可能であろうか。そこで移動の自由の規制はどこまで可能なのか検討する。

国際人権規約 12 条 3 項では「(移動の自由及び居住の自由についての) 権利は、いかなる制限も受けない。ただし、その制限が、法律で定められ、国の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の権利及び自由を保護するために必要であり、かつ、この規約において認められる他の権利と両立するものである場合は、この限りでない。」としているように、制限は①「法律」で定められ、②「国の安全、公の秩序、公衆の健康もしくは道徳、他の者の権利及び自由を保護するため」という正当な目的のいずれかの場合に許されるとしている。つまり、法律で制限を定めることは民主的な手続きに則った法律にのみ制限が認められ、②武力攻撃を受け被害を最小限に抑えるため、あるいは感染症の蔓延防止のために移動の自由を制限することが認められるとする。

一方、わが国ではそもそも「移動の自由」は憲法上文言として存在しない。そこでわが国においては移動の自由は 22 条の居住・移転の自由に含まれるものではなく、日常的な外出を含めた移動の自由は憲法 13 条で保障され、住所・居所を定め移転する自由は 22 条 1 項で、狭義の人身の自由は 31 条でそれぞれ保障されるとする考え方もある<sup>477</sup>。これに対して、憲法 22 条にいう「移住」「居住」は、生活の本拠を全面的に移動することを指すが、これを憲法が保障しているのであれば、その一時的・部分的に旅行の自由も含まれる。さらに旅行の自由が保障されていれば、より小規模な移動である通勤・通学などを含む日常生活における外出も当然保障される。つまり、旅行での移動が保障される以上、日常的な移動も保

---

<sup>477</sup> 曾我部真裕「日本国憲法における移動の自由」法学セミナーNo798（令和 3 年）9 頁。

障されるとの解釈もある<sup>478</sup>。しかし、本節で問題となるのは、新型コロナウイルス蔓延防止のための外出禁止であり、これは主として日常的な外出を制限するものである。とすれば、憲法 13 条の公共の福祉によって制限することは可能となる。あるいはロックダウンに伴う「営業の自由」の制限について考えた場合、経済的自由に対する制限は「合理性の基準」によって合憲性が判断されることになる。そこで、具体的に何が「公共の福祉」になるのか、また果して合理性があるのかを検討されなければならない。

例えば、国民保護法 114 条による「警戒区域の設定」について考えてみよう。同法 114 条では「武力攻撃災害が発生し、又はまさに発生しようとしている場合において、当該武力攻撃災害による住民の生命又は身体に対する危険を防止するため特に必要があると認めるときは、警戒区域を設定し、武力攻撃災害への対処に関する措置を講ずる者以外の者に対し、当該警戒区域への立入りを制限し、若しくは禁止し、又は当該警戒区域からの退去を命ずることができる」としている。国民の生命の危険度という点で COVID-19 感染拡大と武力攻撃事態とは大きな違いがあるが、ともに国民の生命に迫る危機に対処するためであり、これを「公共の福祉」のためと考えることは許されよう。また生命権保障を最優先に考えている点では「合理性」も有する。武力攻撃の場合、警戒区域を設定し、その区域の立ち入り制限あるいは禁止し、また退去を命じることができる以上、武力攻撃ほどではないにしろ国民の生命にかかわる未知の感染症のパンデミックの場合などでも警戒区域を指定し、移動制限をかけることはありうるのではないだろうか。判例でも、旅券返納命令及び渡航先制限取消請求事件<sup>479</sup>において「外国に渡航中の邦人又は外国に渡航しようとしている邦人で種々の事情からその生命、身体又は財産に重大な危険が及ぶ事態に立ち至ったものをその危険から保護することを目的とするもので…公共の福祉のためにする国民の海外渡航の自由の制限として一般的な合理性を有するもの」とされており、移動の自由の制限をする理由として「生命」を挙げ、紛争地域という危険な地域への移動に一定の制限をかけている。それ故、国民の生命に関わる未知の感染症のパンデミックによっては、海外渡航の禁止と国内での移動の禁止という違い、また紛争や武力攻撃事態とは異なるとはいえ、少なくとも国民の「生命」の保護のためという「公共の福祉」を理由に移動の自由を制限することは可能であり、場合によってはロックダウンなどの移動制限も可能ではなかろうか。

### (3) 表現の自由の制限

ドイツでは、COVID-19 の感染拡大防止を理由に集会の開催制限が認められていた。わが国では、前述のように一定の経済的自由（職業選択の自由、財産権）に対する制限が行われているが、ドイツと異なり生命権の保障を根拠に集会といった表現の自由までは制限できない。二重の基準論では、経済的自由のほうが緩やかな基準である「合理性の基準」によ

---

<sup>478</sup> 洪谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣、平成 25 年）228 頁。

<sup>479</sup> 東京地裁平成 29 年 4 月 19 日【LEX/DB 文献番号】25547177

って合憲性が判断されるため、制限は比較的容易になる。しかし、表現の自由を制限する場合は厳格な審査基準が用いられることになり、制限は容易ではない。

わが国では令和3年8月29日に常滑市で音楽フェス「NAMIMONOGATARI（波物語）2021」が開催され、COVID-19感染拡大防止を理由に主催者に対して開催を中止させることができなかった。フェスはまさに憲法の保障する集会の自由の範囲に入り、基本的に自由に開催することができる。制限する場合は、慎重かつ厳格な審査基準を用いて合憲性を判断することになるため、行政はこれを安易に中止することはできない。ところがフェスが開催された結果、フェス参加者間でクラスターが発生し<sup>480</sup>、国民の生命と健康を脅かす事態が発生してしまった。これは、憲法13条の趣旨から逸脱するものといえよう。

今回のフェスの問題はあくまでフェスの内容について禁止したり、制限するのではなく、感染拡大防止の観点からフェスの時期、実施場所、方法が問題となっている。つまり、これは表現の自由の内容中立規制ということになる。

集会を実施することでさらに感染者が増え、国民の生命に大きな影響を及ぼすことは予想できた。それ故、生命権を保障するために、集会の自由については「時、場所、方法」の制限である表現内容中立規制の問題と考えるべきではなかったか。一方で集会を開催しても、クラスターが発生しなかった事例は少ない。例えば埼玉県と国が開催自粛を求めていた大規模格闘技イベント「K-1 WORLD GP」である<sup>481</sup>。同イベントは令和3年3月22日にさいたま市で予定通り行われた。主催者側は「来場者へのマスク配布など万全の対策を取る」とし、客席数を減らして換気するなどしたほか、感染者が出た場合に追跡調査を可能にするため、入場者に氏名や連絡先を記入させる対応を取っていた。結果的にクラスターは発生しなかった。したがって、わが国においても表現内容に踏み込まない限りにおいて生命権が表現の自由に優位すべき場合があり、制限の可否は事例ごとに比較衡量によって判断すべきと思われる。

また信仰に基づく礼拝や布教活動は大勢の人が密になって礼拝や活動（いわゆる集会）することになり、COVID-19感染拡大防止のために、集会の自由や信教の自由に制限かけることは可能であろう。実際にドイツでは前述のように「教会、イスラム教寺院、ユダヤ教会堂など信仰共同体での集会も当面禁止の対象」となっており、信教の自由が保障されているとはいえ、その集会は禁止対象となっている。それ故、信仰そのものを否定しない限り、生命権の保護が優先され、その限りで信教の自由が制限されることはありうると考える。

---

<sup>480</sup> Yahoo ニュース（東海テレビ

<https://news.yahoo.co.jp/articles/81bb63bca635272c6dd19c9a05e28401d176323f> 閲覧日：令和3年10月26日

<sup>481</sup> 朝日新聞令和2年3月22日

## 6 おわりに

憲法 13 条により国民は生命権を保障されている。そして、生命権は他の人権と比較して優位性を有しており、他の人権の制限を正当化する根拠になりえる。とりわけ今後もし感染が拡大し、危機的状況になった場合は、政府は生命権を保障するためにあらゆる対策を講じる必要がある。COVID-19 の感染対策は国民の生命を保護するためであり、この対策を実施する際には、生命権の優位性とそれに基づく人権制限の正当化を根拠にすることができる。むしろ国民の生命が危機的状況にあるときは、生命を保護するために政府は必要なあらゆる措置を講じなければならない。それによって、憲法秩序を破壊することなく、より効果的な感染症対策を講じることができると考える。

## 結 論

本論文のテーマは憲法秩序の保障であり、如何にして憲法秩序を維持すべきかを考察の対象としてきた。

憲法秩序を脅かし破壊する危険や危機は常に存在し、いつ発生するかもわからないから、いかなる事態にも対応できるようにしておかなければならない。例えば、平時においては国内における違憲的な権力の行使によって人権が侵害されて憲法秩序が破壊されないようにする必要があり、緊急時つまり外国からの武力攻撃や感染症の蔓延・大規模災害等が発生した際にも国と憲法秩序を維持し、国民の生命を守るための備えが必要である。

そこで本論文では、憲法秩序の保障を論じるにあたって日本国憲法下の法秩序を平時と緊急時に分け、前者については違憲審査制に関する制度、機能、問題点について取り上げ、後者については特に外国から武力攻撃を受けた場合の自衛権の在り方や憲法 9 条の下での集団的自衛権の行使さらに緊急時の人権の限界について論証を試み、憲法秩序を維持する方法について具体的に検討してきた。

その結果、明らかになった点は以下の通りである。

日本国憲法の制定過程およびわが国の訴訟制度を改めて考察してみると、わが国の違憲審査制は通説のいうようなアメリカ型の非集中型の付随的審査制にとどまらず、部分的ながら集中型の憲法裁判所的側面をも併せ有することが分かる。憲法および裁判所法の制定過程を振り返ると、当初、わが国政府は違憲審査権の行使を最高裁判所に集中させる意図を有しており、憲法改正議会でもその方向で審議が進んだ。しかし、具体的な事件を契機に違憲審査権の行使を最高裁に集中させようとするこの構想は、GHQ の反対によって途中で立ち消えとなった。ただし、その痕跡は現在でも刑事訴訟法における跳躍上告（刑事訴訟法 406 条、同規則 254 条及び 255 条）や、民事訴訟法上の特別上告（327 条 1 項）という形で残っている。また、現行の訴訟法上、憲法判断が必要な場合に限って上告を認める制度も同じ発想によるものであろう。その根拠とされたのが、最高裁判所を「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する終審裁判所」とした憲法 81 条であった。

このように考えると、わが国の最高裁判所は具体的な事件を前提としつつも憲法判断を集中して行うものであって、アメリカ型の非集中型の審査制以上に強力な憲法保障機能が期待されたと考えられる。つまり、最高裁判所には憲法秩序の維持を最大の任務とするドイツの連邦憲法裁判所と同様の役割が部分的ながら認められており、憲法秩序の保障に寄与していることがわかる。

また、現行の違憲審査制についてしばしば問題とされる「傍論」や「ねじれ判決」については、以下のようにいうことができる。問題の多い下級裁判所の傍論と比較して最高裁の傍論は下級審のそれと異なる意味を持つこと、つまり最高裁判所は判例および憲法解釈の統一を図り、「憲法の番人」として憲法秩序の保障のために、具体的な事件の結論とは関係なく、

当該事件に関連して「傍論」という形で一般論的な憲法解釈を行うことが許されるのではないか。「ねじれ判決」つまり下級裁判所が原告の主張を退けておきながら、判決理由—正確には「傍論」—の中でわざわざ違憲判断を下す手法についていえば、違憲とされた国や地方公共団体側は、裁判には勝利しているため上訴することはできない。他方、原告側が傍論で示された違憲判断に満足して上訴を取り止めれば、終審であるはずの最高裁判所は違憲審査を行うことができず、事実上、下級審が最終審となってしまう。これは憲法 81 条に違反するものではないか。それ故、憲法によって最高裁判所に与えられた終審としての役割を確実にするためにも、法制度の見直しが必要であると考えられる。

次に、緊急時の憲法保障についていえば、外国からの武力攻撃に対しては憲法 9 条の下でも国際法に準拠した自衛権の行使は当然可能だが、その限界が「海外派兵」にあると結論づけた。

わが国は他国と異なり憲法 9 条による制約があるため、自衛権についても限定的な行使が求められることがある。特に、集団的自衛権については、従来、政府は保持しているものの行使はできないとする立場にたってきた。しかし、わが国は主権国家であり国連加盟国である以上、たとえ制約があるとしても、集団的自衛権が一切行使できないとするのは国際法を無視するものである。そもそも憲法 9 条は国際紛争を解決する手段としての戦争、つまり侵略戦争を放棄しているだけであり、国際紛争の解決を目的としない武力行使すなわち自衛権の行使は国連憲章をはじめとした国際法でも認められている。それ故、国際紛争の解決を目的としない武力行使つまり自衛権の行使は当然憲法 9 条の下でも可能な以上、武力攻撃から国および憲法秩序を守るために、限定的であれ政府は集団的自衛権の行使を認めるべきとした。しかし、「海外派兵」は「必要最小限の自衛権の行使」を認めた憲法 9 条の趣旨に反すると思われる。

わが国が武力攻撃を受けた場合、自衛権の行使のみならず国民保護法に基づき人権が制限される。その際、現行法では経済的自由権の制限は明確に規定されているものの、そのほかの人権制限については最小限にしなければならないとしか規定されていない。しかし、判例においては「国民の生命」の保護を理由に各種の人権が制限されている。このような平時においても「国民の生命」を理由として、人権制限ができるのであれば、もちろん緊急時である武力攻撃事態等においても、同等の制限が認められるべきとした。さらに緊急時には平時以上の制限が認められる可能性があるとした。

さらに、COVID-19 のような感染症が蔓延した緊急時においては、より多くの国民の生命を守るため一部国民の人権の制限はやむをえない。その際、最も重要なのは憲法 13 条から導き出される生命権であり、国民による生命保護の要求に応じて政府は財産権、職業選択の自由、居住移転の自由などの人権を合理的で必要とされる限りで一時的に制限することは当然可能であると考えられる。したがって、政府は生命権の優位性という立場にたつて COVID-19 から国民の生命を保護するためにあらゆる対策を講じなければならないとした。

アメリカ型の非集中型付随的審査制とは多少おもむきを異にし、より強力な憲法保障機

能が期待されたわが国独自の違憲審査制を今後より良く機能させていくためには如何にすべきか、また感染症の蔓延や大規模災害に際して、国家的危機を乗り越り国民の命を守るため、具体的人権の制限はどこまで可能なのか。これらの点については今後の研究課題としたい。

## 主要参考文献

### 著書 (第1部)

- 芦部信喜『憲法学Ⅲ (2)』(有斐閣、昭和56年)
- 芦部信喜『憲法判例を読む』(岩波書店、昭和62年)
- 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法 第7版』(岩波書店、平成31年)
- 芦部信喜『講座憲法訴訟第1巻～第3巻』(有斐閣、昭和62年)
- 新正幸『憲法訴訟論』(信山社、平成20年)
- 石川明、小島武司編『新民事訴訟法〔補訂版〕』(青林書院、平成9年)
- 市村光恵「帝国憲法論(増補・訂正)」(有斐閣、昭和4年)
- 井上薫『判決理由の過不足』(法学書院、平成10年)
- 入江俊郎「違憲審査権について」『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題』(第一法規出版、昭和51年)
- 上杉慎吉『帝国憲法』(清水書店、日本大学、明治38年)
- 浦部法穂『全訂第2版 憲法学教室』(日本評論社、平成17年)
- 大石眞『憲法講義Ⅰ(第2版)』(有斐閣、平成26年)
- 大沢秀介『司法による憲法価値の実現』(有斐閣、平成19年)
- 大西芳雄『憲法の基礎理論』(有斐閣、昭和50年)
- 賀集唱・松本博之・加藤新太郎編「別冊法学セミナー基本法コンメンタール 民事訴訟法3第3版」(日本論評社、平成20年)
- 兼子一、竹下守夫『裁判所法 第4版』(有斐閣、平成11年)
- 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論 上巻・下巻』(法律文化社、平成30年)
- 清宮四郎『法律学全集 憲法Ⅰ第3版』(有斐閣、昭和54年)
- 工藤達郎編『ドイツの憲法裁判』(中央大学出版部、平成15年)
- コンラード・ヘッセ著、初宿正典・赤坂幸一訳『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂、平成18年)
- 最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会『「憲法保障(特に、憲法裁判制度及び最高裁判所の役割)」に関する基礎的資料』(衆議院憲法調査会事務局、平成16年)
- 佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』(有斐閣、平成7年)
- 佐々木惣一『改訂日本國憲法論 補正版』(有斐閣、昭和29年)
- 笹田栄司『裁判制度』(信山社、平成9年)
- 佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、昭和63年)
- 佐藤幸治『日本国憲法論(第2版)』(成文堂、令和2年)
- 佐藤幸治『憲法 第3版』(青林書院、平成14年)
- 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、昭和59年)

佐藤功『日本国憲法概説』(学陽書房、平成16年)

佐藤功『憲法(下)』(有斐閣、昭和59年)

佐藤達夫著、佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第2巻』(有斐閣、平成6年)

佐藤達夫著、佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第3巻』(有斐閣、平成6年)

清水伸『逐条日本国憲法審議録第3巻』(有斐閣、昭和37年)

穴戸常寿『憲法裁判権の動態 増補版』(弘文堂、令和3年)

新堂幸司『新民事訴訟法 第4版』(弘文堂、平成20年)

鈴木正裕、松浦馨、中野貞一郎編『新民事訴訟法講義 第2版補訂2版』(有斐閣大学双書、平成20年)

園部逸夫『最高裁判所十年』(有斐閣、平成13年)

高橋和之『立憲主義と日本国憲法第5版』(有斐閣、令和2年)

高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店、平成29年)

高柳賢三=大友一郎=田中英夫『日本国憲法制定の過程—連合軍司令部側の記録による— I 原文と翻訳』(有斐閣、昭和47年)

高柳賢三=大友一郎=田中英夫『日本国憲法制定の過程II—解説—』(有斐閣、昭和47年)

ドイツ憲法判例研究会編『ドイツ憲法判例II(第2版)』(信山社、平成18年)

戸松秀典『司法審査制』(勁草書房、平成元年)

戸松秀典『憲法訴訟 第2版』(有斐閣、平成20年)

内閣法制局百年史編集委員会「内閣法制局百年史」(昭和60年)

内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第1分冊および第6分冊の合本)』(司法研修所、平成9年)

内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第3分冊)』(司法研修所、平成9年)

内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第2分冊)』(司法研修所、平成9年)

中野次雄編『判例とその読み方』(有斐閣、平成21年)

中村睦男、堂本照樹『憲法裁判50年』(悠々社、平成9年)

日弁連民事訴訟法改正問題委員会『(別冊NBL42号)改正のポイント新民事訴訟法』(商事法務、平成9年)

日本刑法学会編『刑事訴訟法講義3巻裁判・上訴』(有斐閣、昭和46年)

野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I第4版』(有斐閣、平成19年)

野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』(有斐閣、平成7年)

橋本公亘『日本国憲法』(有斐閣、昭和55年)

松井茂記『日本国憲法 第3版』(有斐閣、平成19年)

松井茂記『アメリカ憲法入門(第6版)』(有斐閣、平成20年)

松尾浩也監修、松木時夫、土本武司『条解刑事訴訟法第3版増補版』(弘文堂、平成15年)

見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス—現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景』(成文堂、平成24年)

宮城啓子『裁量上告と最高裁判所の役割』（千倉書房、平成10年）  
村川一郎『帝国憲法改正案議事録』（国書刊行会、昭和61年）  
百地章『憲法の常識 常識の憲法』（文春新書、平成17年）  
百地章『憲法と日本の再生』（成文堂、平成21年）  
盛秀雄『佐々木惣一博士の憲法学』（成文堂、昭和53年）  
Hans Peter Marutschke 著、村上淳一訳『ドイツ法入門（第6版）』（有斐閣、平成17年）  
Konrad.Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland ,20.Aufl  
(C.F.Müller,1999)  
Fritz Ossenbühl, “Verfassung und gesetzgebung”(2002)  
Werner Heum, “Rechtliche Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen”(2006)  
Cappeletti/Ritterspach, "Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in  
rechtsvergleichender Betrachtung" Jahrbuch des öffentliche Recht der Gegenwart  
Bnd.20(1971)  
Georg Brunner, "Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit in europäischen  
Raum" Jahrbuch des öffentliche Recht der Gegenwart Bnd.50(2002)

## 著書（第2部）

赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、平成23年）  
芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、平成14年）  
芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、平成20年）  
石村修『基本権の展開』（尚学社、平成29年）  
大林圭吾編『コロナの憲法学』（弘文堂、令和3年）  
大林圭吾編『感染症と憲法』（青林書院、令和3年）  
大沼保昭『国際法』（筑摩書房、平成30年）  
覚道豊治『法律学全書1 憲法』（ミネルヴァ書房、昭和48年）  
清宮四郎『法律学全集3 憲法Ⅰ〔第3版〕』（有斐閣、昭和54年）  
黒崎将広他『防衛実務国際法』（弘文堂、令和3年）  
国際法学会編『国際関係法辞典 第2版』（三省堂、平成17年）  
国民保護法制研究会『逐条解説 国民保護法』（ぎょうせい、平成17年）  
小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編『講義国際法 第2版』（有斐閣、平成22年）  
佐々木惣一『憲法大義』（有斐閣、昭和28年）  
篠田英朗『集团的自衛権の思想史—憲法九条と日米安保』（風行社、平成28年）  
渋谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣、平成24年）  
杉原高嶺『基本国際法 第3版』（有斐閣、平成30年）  
田岡良一『国際法上の自衛権』（勁草書房、平成26年）  
田上喜一『国民を守れない日本の法律—感染症、自然災害、ミサイル、侵略行為』（扶桑社、

令和 2 年)

田畑茂二郎『国際法 I 〔新版〕』(有斐閣、昭和 59 年)

西修『日本国憲法成立過程の研究』(成文堂、平成 16 年)

西修『憲法改正の論点』(文藝春秋、平成 25 年)

西嶋美智子『自衛権の系譜－戦間期の多様性と軌跡－』(信山社、令和 4 年)

長谷部恭男『憲法講話－24 の入門講義』(有斐閣、昭和 46 年)

長谷部恭男編『検証・安保法案－どこが憲法違反か－』(有斐閣、平成 26 年)

畑博行・小森田秋夫編『世界の憲法』(有信堂、平成 30 年)

阪田雅裕『憲法 9 条と安保法制－政府の新たな憲法解釈の検証』(有斐閣、平成 28 年)

樋口陽一『憲法 〔第 3 版〕』(創文社、平成 25 年)

防衛省『防衛白書令和 3 年度版』(令和 3 年)

松井芳郎『武力行使禁止原則の歴史と現状』(日本評論社、平成 30 年)

松井芳郎・森英樹『国際法・憲法と集団的自衛権』(清風堂書店、平成 27 年)

宮沢俊義『全訂 日本国憲法』(日本評論社、平成 5 年)

村瀬信也編『自衛権の現代的展開』(東信堂、平成 19 年)

山口厚『刑法』(有斐閣、平成 17 年)

## 論文 (第 1 部)

青柳幸一「憲法判決における『主論』」『筑波ロー・ジャーナル』創刊号 (平成 19 年)

アルプレヒト・ヴェーバー、玉蟲由樹訳「憲法裁判の類型」ドイツ憲法判例研究会編『憲法裁判の国際的発展』(平成 16 年、信山社)

足立治朗「現行憲法・第八一条(違憲審査制)の存在意義に関する覚書き：南野森氏の所説を手掛かりとして」『神奈川法学』53 巻 3 号 (令和 2 年)

池田春奈「フランス憲法院の事後審査に関する憲法六一条の一の創設：二〇〇八年憲法改正による市民への提訴権拡大の動向」『同志社法学』62 巻 3 号 (平成 22 年)

石川明「審級制と裁判を受ける権利」『民事法の諸問題』(一粒社、昭和 62 年)

石川明「新民事訴訟法における最高裁判所に対する裁量上告制の内容と問題点」『判例タイムズ 910 号』(判例タイムズ 910 号、平成 8 年)

市川正人「日本における違憲審査制の軌跡と特徴」『立命館法学』第 294 号 (平成 16 年)

井上武史「フランス憲法院への事後審査制導入の影響－通常裁判所の法解釈に対する違憲審査－」『岡山大学法學會雑誌』62 巻 1 号 (平成 24 年)

鶴澤剛「憲法訴訟における判決効の訴訟法的構造」『立教法学』第 69 号 (平成 17 年)

榎原猛「違憲審査制の再検討」大石義雄先生喜寿記念『日本国憲法の再検討』(嵯峨野書院、昭和 55 年)

大石眞「裁判所法成立過程の再検討－憲法上の論点を中心として－」『憲法秩序への展望』(有斐閣、平成 20 年)

大沢秀介「最高裁判所と憲法裁判所－アメリカでの議論を参考に－」『公法研究』59号（平成9年）

岡田俊幸「ドイツ連邦憲法裁判所裁判官の選出手続の改革をめぐる議論について（2・完）」『法務研究』第14号（平成29年）

葛西まゆこ「生存権の法的性格-朝日訴訟」別冊ジュリスト No187（平成19年）

金築誠志「主論と傍論」『司法修習所論集』1973〔2〕（昭和48年）

工藤達朗「「違憲判決の効力」論の再検討」『法政理論』39巻4号（平成19年）

小嶋勇「憲法と裁判を受ける権利」『司法研究所紀要』第13巻（平成14年）

笹田英司「裁判制度のパラダイムシフト：過去と未来をつなぐ憲法上の10のテーマ(1)制度の導入及び定着過程における違憲審査制のデザイン」『判例時報』2438号（令和2年）

佐々木惣一「最高裁判所の憲法裁判」『公法雑誌』11巻1号（昭和25年）

佐々木雅寿「裁判官の独立とその正当性」『法学教室』232号（平成12年）

佐藤幸治「わが国の違憲審査生徒の特徴と課題－制度的基盤の整備に向けて」『憲法裁判と行政訴訟』（有斐閣、平成11年）

初宿正典「岩手靖国住民訴訟控訴審判決と違憲審査権の行使」『ジュリスト』第979号（有斐閣、平成3年）

穴戸常寿「日本憲法史における「憲法裁判権」」『東京都立大学法学会雑誌』45巻2号（平成16年）

渋谷秀樹「最高裁判所への上告制限一審級制度と裁判の受ける権利一」『法学教室』189号（有斐閣、平成8年）

鈴木秀美「日本の違憲審査制の現状と課題：制度改革をめぐる議論を中心に」『阪大法学』64巻6号（平成27年）

鈴木秀美「ドイツ連邦憲法裁判所：制度とその運用」『法曹時報』71巻7号（令和元年）

高橋和之「憲法判断回避の準則」『講座憲法訴訟第2巻』（有斐閣、昭和62年）

高橋和之「「通常審査」の意味と構造」『法律時報』83巻5号（平成23年）

高見勝利「西ドイツの憲法裁判」芦部信喜編『講座憲法訴訟』（有斐閣、昭和62年）

辻村みよ子「フランス型違憲審査制の諸課題」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相（上）』（有斐閣、平成25年）

戸松秀典「憲法裁判の効果」『法学教室』195号（平成8年）

戸波江二「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」『曹時』51巻5号22頁以下（平成11年）

中谷実「最近の憲法裁判所導入論について－1つの整理－」『南山法学』25巻3号（平成13年）

中村 義孝「フランス憲法院の改革」『立命館法学』342巻（平成24年）

中野貞一郎「民事裁判と憲法」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟法①民事紛争と訴訟』（弘文堂、昭和59年）

- 中村陸男「憲法裁判の現状と課題」『法曹時報』47巻2号（平成7年）
- 奈良次郎「最高裁に対する上告申立と上告受理申立に関する若干の考察」『現代社会における民事手続法の展開 上巻』（商事法務、平成14年）
- 納谷廣美「大法廷判決の今日的意義」『法学教室』229号（平成11年）
- 野中俊彦「判決の効力」『講座憲法訴訟第3巻』（有斐閣、昭和62年）
- 畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題－選択肢の一つとしての憲法裁判所－」『公法研究』第63号（平成13年）
- 浜谷英博「違憲審査制と控訴審判決の在り方－仙台高裁・大阪高裁における「傍論」による違憲判決を契機として－」『政教研紀要』第17号（平成5年、国土舘大学日本政教研究所）
- 林屋礼二「憲法訴訟における裁判の拘束力と民事訴訟における裁判の既判力」『学習院大学法学部研究年報』2号（昭和40年）
- 古江頼隆「刑事訴訟における「上告受理」制度」『東京大学法科大学院ローレビューVol.2』（平成19年）
- 村山健太郎「違憲審査制の類型論と違憲審査の活性化」『論究ジュリスト第36号』（令和3年）
- 百地章「在日外国人への参政権付与は違憲」『月刊自由民主』556号（平成11年）
- 百地章「大阪靖国訴訟の問題点」『日本法学』第69年第3号（平成16年）
- 百地章「首相の靖国参拝と憲法判断」『法律のひろば』（平成16年）
- 百地章「外国人の人権－参政権問題を中心として－」『比較憲法学研究』第23号（平成23年）
- 百地章「首相の靖国参拝と大阪台湾人訴訟判決『傍論』への批判」『憲法と日本の再生』（成文堂、平成21年）
- 百地章「違憲性拭えぬ大阪高裁のねじれ判決」『憲法と日本の再生』（成文堂、平成21年）
- 山田晟「『傍論』について」『成蹊法学』16巻（昭和55年）
- 和田英夫「違憲判決の効力をめぐる理論と技術」『法律論叢』48巻4・5・6号（昭和51年）

## 論文（第2部）

- 青柳幸一「憲法学における「生命に対する権利」」『国際人権』第17号（平成18年）
- 浅田正彦「憲法上の自衛権と国際法上の自衛権」村瀬信也編『自衛権の現代的展開』（東信堂、平成19年）
- 岩倉秀樹「新型コロナウイルス感染症と憲法－マスク着用の義務化は言論の自由の侵害か－」『高知県立大学文化論叢』9巻（令和3年）
- 岡田俊幸「コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所」『日本法学』第86巻2・3号（令和2年）
- 小澤隆一「コロナと憲法 総論」『憲法問題』32（令和3年）
- 瀬瀬厚「『国民保護法制』を批判する：本格化する「民間防衛」論と人権抑圧の試み」『科学的社会主義（山口大学）』第61巻（平成15年）

国民安保法制懇「集団的自衛権行使を容認する閣議決定の撤回を求める」報告書  
齋藤洋「憲法9条の解釈」『憲法研究』第39号（平成19年）  
坂元茂樹「機能拡大する中国海警：中国海警法の狙いを探る」『同志社法学』73巻1号（令和3年）  
桜田誉「憲法における生命権の保障－救命救急医療との関連を中心として－」『関西大学法学論集』第37巻2・3号  
桜田誉「生命権について」『関西大学法学論集』第38巻5・6号（平成元年）  
佐瀬昌盛「集団的自衛権」【防衛大学校安全保障学研究会編著『安全保障学入門』】（亜紀書房、平成21年）  
篠田英朗「現代国際法と日本国憲法の整合性の解明－従来の憲法学通説の9条解釈の問題点－」『広島平和科学』41号（令和元年）  
嶋崎健太郎「憲法における生命権の再検討－統合的生命権に向けて－」『法学新報』108巻3号（平成13年）  
城涼一「わが国の「憲法」体制における安全保障(1)～(3)：現代国際法との整合性」『法学新法』123巻8号（平成29年）  
曾我部真裕「日本国憲法における移動の自由」『法学セミナー』No798（令和3年）  
高野眞澄「「国民保護法制」の法的構造」『高松大学紀要』43号（平成15年）  
高乗正臣「「公共の福祉」概念の再検討」『憲法研究』第39号（平成19年）  
建石真公子「新型コロナウイルスと立憲主義－生命権・健康権と公益」『憲法問題』32（令和3年）  
田村重信「日本国憲法の欠陥（憲法9条、緊急事態）」『防衛法研究』第43号（令和元年）  
中谷和弘「集団的自衛権と国際法」村瀬信也編『自衛権の現代的展開』（東信堂、平成19年）  
仲地博「国民「保護」法制と基本的人権」『法律時報』75巻10号  
中原精一「基本的人権の制限－判例にあらわれた公共の福祉論－」『明治大学短期大学紀要』第11巻（昭和42年）  
浜谷英博「国民保護法制の整備と課題」『比較憲法学研究』第21号（平成21年）  
福田充「危機の時代における「危機管理学」の確立－日本大学危機管理学部危機管理学研究所の設置に際して－」『危機管理研究』創刊号（平成29年）  
松葉真美「集団的自衛権の法的性質とその発達－国際法上の議論－」『レファレンス』（国立国会図書館、平成21年1月号）  
南亮一「新型インフル特措法における休業要請等による財産権の制約と憲法との関係」『レファレンス』838号（令和2年）  
村瀬信也「集団的自衛権；をめぐる憲法と国際法」柳井俊二・村瀬信也編『国際法の実践』（信山社、平成27年）  
百地章「集団的自衛権の行使に問題なし」（正論、産経新聞平成27年6月6日）  
百地章「憲法学者の変節と無責任」（Voice2015年9月号）

百地章「国際常識から離れた集団的自衛権違憲論」『日本国憲法八つの欠陥』（扶桑社、令和3年）

矢野義昭「感染症対策関連法規の国際比較と日本の関連法制の特色－権限と強制性を焦点に」『防衛法研究』第45号（令和3年）

山内敏弘『人権・主権・平和－生命権からの憲法的省察』（日本評論社、平成15年）

山内敏弘「基本的人権としての生命権の再定立」『龍谷法学』53巻2号（令和2年）

渡邊互「外国人の土地取得制限をめぐる法的論点－公法学の観点から」『憲法研究』第51号（令和元年）

昭和47年10月14日「集団的自衛権と憲法との関係に関する政府資料」（参議院決算委員会提出資料）

昭和44年4月8日「安保条約と防衛問題等に関する質問に対する答弁書」（内閣衆質61第2号）

昭和47年10月14日「集団的自衛権と憲法との関係に関する政府資料」

昭和56年5月29日「憲法、国際法と集団的自衛権に関する質問に対する答弁書」（内閣衆質94第32号）

昭和55年10月28日「自衛隊の海外派兵・日米安保条約等の問題」に関する質問に対する答弁書（内閣衆質93第6号）

平成14年2月5日「衆議院議員金田誠一君提出「戦争」、「紛争」、「武力の行使」等の違いに関する質問に対する答弁書」（内閣衆質153第27号）

Bruce Russett ,John “Oneal Triangulating Peace-Democracy,Interdependence and International Organizations”(2001)

## 判例

BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 09. April 2020

BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 28. April 2020

Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Reports 1986

## 謝 辞

本論文を執筆するにあたり、多くの御支援と手厚い御指導を賜りました。国土舘大学百地章客員教授に心より感謝申し上げます。百地先生には日本大学法学部在学中ゼミで、そして同大学大学院博士課程で御指導を賜り、さらに今回の博士学位申請から審査の過程においてもきめ細やかな御指導を賜ったことは、誠に喜びに堪えません。時に応じて、厳しく御指導いただいたことや、やさしく励ましていただいた経験を通じて、自分の至らなさを痛感するとともに、一研究者としての人間教育をしていただいたと思っております。

また、副査を引き受けていただいた日本大学法学部東裕教授、福島康仁教授には、博士論文を丁寧にご精読いただき、貴重なご意見やご指摘を賜り、大変お世話になりました。貴重なご意見は今後の研究に生かしていきます。未熟な私に対し徒労も惜しまず指導して下さったお二人の先生方に、心より御礼申し上げます。

そして、本論文の審査の機会を与えていただいた国土舘大学学長佐藤圭一教授、審査の段取りや審査委員会の準備など多大なる御協力を賜りました国土舘大学大学院政治学研究科長上村信幸教授、山田亮介准教授に心より御礼申し上げます。また、同研究科前科長平石正美教授、織田健志教授には博士論文受理にあたり熱心に目を通していただき、誤字脱字や注の不備など細かい形式のチェックしていただきました。心より御礼申し上げます。

本論文は日本大学大学院博士後期課程在学中からの研究をまとめたものであり、この研究活動は一人では成し得なかったことです。多くの方々の支えがあり行えていることを肝に銘じ、感謝の気持ちを忘れずに、なお一層の精進を重ねて参る所存です。

最後に、論文執筆に時間を割いたため育児と家事の負担が増えたにもかかわらず、日頃よりそばで私を温かく見守り、叱咤激励をしてくれた妻に対し、感謝の意を表して謝辞と致します。

杉山 幸一